نتائج الأفكار

في كشف الرموز والأسرار

لشمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة "فتح القدير"

للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي

على

الهداية: شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ.

٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ.

الجزء الثامن

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمد محمود الحلبي وشركاه - خلفاء

الطبعة الأولى
١٣٨٩ هـ — ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناشر

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة (١)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع فى بيان أحكام الوكالة ، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ـ ثم الله شهيد على مايفعلون ـ وقوله تعالى حكاية ـ حسبنا الله ونعم الوكيل ـ ، وإما لأن كلا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة فى حقه ، وإما لأن كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب فى المعاملات ، كذا فى النهاية . قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة : لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه إلى تعاضد وتعاوض ، والشهادة من التعاضد والوكالة منه ؛ وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فآثر تأخيرها انتهى . وقال بعض الفضلاء فى بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما إذا كان وكيلا بالبيع أوالشراء مثلا انتهى . أقول : هذا سهو ظاهر ، لأن التعاوض فيما ذكره من المثال إنما هو فى متعلق الوكالة ، أعنى الموكل به ، وهو البيع أو الشراء لانفس الوكالة ، والكلام فيها لافى الأول ، وإلا فقد يكون التعاوض فى متعلق الشهادة أيضا كما إذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا . والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون فى نفس الوكالة التعاوض كما إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعا ، إذ الوكالة عقد جائز لايجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها ، بخلاف الشهادة فإنها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا . ثم إن محاسن شرعية الوكالة ظاهرة ، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لايقدرون عليها بأنفسهم ؛ فإن الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء ، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه ، ولا كل أحد يهتدى إلى المعاملات ، فمست الحاجة إلى شرعية الوكالة ، فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الأمور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع ، وفوّض بعضها إلى غيره ترفيها لأصحاب المروءات . ثم إن هاهنا أمورا يحتاج إلى معرفتها تفسيرا للوكالة لغة وشرعا ، ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها . أما تفسيرها لغة : فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل ، من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك . والوكيل هو القائم بما فوض إليه ، والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر : أى مفوّض إليه . وأما شرعا : فهى عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم . وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى ـ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ـ

---

(١) (تنبيه) قد ابتدأ صاحب التكلة فى شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح إلى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها إلى قول صاحب الهداية « و العقد الذى يعقد الوكلاء على ضربين الخ » فأثبتنا الكتابتين تكثيرا للفائدة ومحافظة على استيفاء التكلة ، واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن إعادته هنا فليعلم ، كتبه مصححه .

لأن ذاك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا . والسنة وهى ماروى « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية وعروة البارقى به أيضا » ، ووكل عمر بن أم سلمة بالتزويج . والإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ، وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتى فى الكتاب . وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما فى سائر المعاملات . وأما ركنها : فالألفاظ التى تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه . روى بشر بن غياث عن أبى يوسف رحمه الله : إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع . وأما شرطها : فأن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام كما سيأتى فى الكتاب ، وستعرفه مشروحا . وأما صفتها : فهى أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه . وأما حكمها : فجواز مباشرة الوكيل مافوّض إليه (قال) أي القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها مايجوز التوكيل به لأحد ، فلا يرد عليها أن المسلم لايجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ، ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة رحمه الله لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس على مانصوا عليه . والعجب هاهنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بأن العكس غير لازم وليس بمقصود . قال فى شرح هذا المقام : هذه ضابطة يتبين بها مايجوز التوكيل به وما لايجوز انتهى . فإن العكس إذا لم يكن لازما ولا مقصودا فى الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة مالا يجوز التوكيل به ، وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه : الأول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لايجوز . والثانى أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه ، ولو وكل غيره بالاستقراض لايجوز . والثالث أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها . وأجيب عن الأول بأن المراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك . وعن الثانى بأن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا على ماعرف ، وذاك ليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التى استقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل . وردّ هذا بأنه مقرر للنقض لادافع . ودفع بأنه من باب التخلف لمانع ، وقيد عدم المانع فى الأحكام الكلية غير لازم . ونقض بالتوكيل بالشراء فإنه جائز وما ذكرتم موجود فيه . وفرّق بأن محل عقد الوكالة فى الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه . وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل . ودفع بأن ذاك محل التوكيل بإيفاء القرض لابالاستقراض ، هذا نهاية ما فى العناية . أقول : ولقائل أن يقول كما أن الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه فى ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضا باطلا بناء على هذا ، وليس كذلك . ثم أقول : يمكن أن يدفع ذلك بأن المستقرض بنفسه متصرف فى ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة . وأما المأمور بالاستقراض فإن تصرف فى عبارة نفسه بأن قال للمقرض مثلا أقرضنى عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به ، وإن تصرف فى عبارة الآمر بأن قال مثلا : إن فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ، ولكن المأمور يصير فى هذه الصورة رسولا لاوكيلا ، والباطل هو الوكالة فى الاستقراض دون الرسالة فيه ، فإن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل ، فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل ، فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة كما نص عليه فى الذخيرة . بقى هاهنا شىء وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة ، وسيأتى تمام بحثه إن شاء الله تعالى . وأجيب عن الثالث بأن الذمى كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضا ، حتى أنه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز ، وإنما لم يجز توكيل المسلم هاهنا لمعنى فى المسلم ، وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفى جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك أمرا عارضا فى الوكيل ، والعوارض لاتقدح فى القواعد ، حتى أن قائلا لو قال : كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حلّ له وطؤها لايرد عليه الحائض والمحرمة ، هذا زبدة ما فى أكثر الشروح . وأجاب عنه صاحب

العناية بوجه آخر حيث قال : والذى جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه ، وليس كلامنا فى ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل، وقد وجد المانع وهوحرمة اقترابه منها انتهى . وقال بعض الفضلاء: هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا، إلا أنه لما كان مخالفا لماسيجىء منالمصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، أما أوّلا فلأن ماذكره صاحب العناية هاهنا لايكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ، لأن المانع هناك فى نفس التوكيل وهو بطلان الأمر بالتصرف فى ملك الغير ، والمانع هاهنا على رأيه إنما هو فى التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك . وأما ثانيا فلأنه لامعنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ماذكرناه من قبل وليس فيه شىء مناف لما سيجىء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لايخفى على الفطن ، فلا وجه لدرج قوله المذكور فى حيزجواب لما فى قوله إلا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف الخ . ثم قال ذلك القائل : بقى فيه بحث ، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ، ثم ليت شعرى مامعنى جوازه انتهى . أقول : هذا ساقط جدا ، إذ لايذهب على ذى مسكة أن الانكسار مطلوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر ، بخلاف التوكيل والتوكل ، فإن التوكيل تفويض الأمر إلى الغير ، والتوكل قبول الوكالة على ماصرحوا به ، ولا شك فىجواز تحقق الأول بدون الثانى ، ثم لاينبغى أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعدّ ، ألا يرى إلى صحة قولك خيرته فلم يختر ، وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما ، فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا إشكال أصلا .

قال المصنف رحمه الله فى تعليل جواز الوكالة فيما ذكره (لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال) بأن كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لايتولى الأمور بنفسه (فيحتاج إلى أن يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) أى الإنسان (بسبيل منه) أى من التوكيل (دفعا لحاجته) ونفيا للحرج . واعترض على هذا بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا . وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس لافى الأفراد . قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور : ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام ، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع ، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى . أقول : وجود الحاجة بدون العجز فى باب الوكالة ممنوع ، فإنهم صرحوا ومنهم الشارحابن الهمام بأن الوكالة أبدا إما للعجز وإما للترفه ، والظاهر أن ليس فى صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أى بشراء الأضحية (حكيم بن حزام) ويكنى أبا خالد . ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتى عشرة سنة علىاختلاف الروايتين ، أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما ، وكان من وجوه قريش وأشرافها ، وعاش فى الجاهلية ستين سنة وفى الإسلام ستين سنة ، ومات بالمدينة فىخلافة معاوية رضى الله عنه سنة أربع وخمسينوهو ابن مائة وعشرين سنة ، كذا ذكره ابن شاهين فى كتاب المعجم . وقال الكرخى فى أول كتاب الوكالة فى مختصره : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزى قال : حدثنا يعقوب الدورقى قال : حدثنا عبد الرحمن بن زيزى عن سفيان عن أبىحصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشترى له به أضحية ، فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ، ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية ، فتصدق النبى صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة » (وبالتزويج عمر بن أم سلمة) أى وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى الشروح . قال صاحب غاية البيان : ولنا فى توكيل عمر بن أم سلمة نظر لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر فى سنة اثنتين ، كذا قال أبوعبيدة معمر بن المثنى ، وكان عمر بن أبى سلمة يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين ، قاله الواقدى. ويكون على هذا الحساب سنّ عمر بن أم سلمة يوم تزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لايعقل ؟ انتهى . وقد سبقه إلى هذا النظر ابن الجوزى حيث قال : فى هذا الحديث نظر ، لأن عمر بن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوّجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين، وكيف يقال لمثل هذا زوّج . بيانه أنه عليه الصلاة والسلام

تزوّجها فى سنة أربع ،ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى . وقال ابن عبدالهادى صاحب التنقيح : قوله إنه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذى وغيره . وقال : قال ابن عبدالبر : إنه ولد فى السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة . ويقوّى هذا ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن عمر بن أم سلمة وأنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام : سل هذه ، فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك ، فقال عمر رضى الله عنه : يارسول الله قد غفر الله لك ماتقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما والله إنى لأتقاكم لله تعالى وأخشاكم » وظاهر هذا أنه كان كبيرا . وأقول : ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبىّ صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلى على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه ، فيتجه على ذلك أن توكيل النبى صلى الله عليه وسلم فى المادتين المخصوصتين لايدل على ما فى الدعوى المذكورة من الكلية ، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ماتقدم من التعليل العقلى الذى مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبى صلى الله عليه وسلم لا لإقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة ، وكأنه عن هذا قال : وقد صح أن النبىّ صلى الله عليه وسلم وكل الخ ، ولم يقل ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره : (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) أى فى جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره (إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه هاهنا . قال صاحب غاية البيان : أما التوكيل بالخصومة فى سائر الحقوق فإنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل فى الشراء ، فإذا جاز التوكيل فيه جاز فى غيره ، لأن كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ، ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره ، وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى . أقول : تعليله الثانى الذى هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لاريب فيه ، وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام هاهنا فى التوكيل بالخصومات لا فى التوكيل فى العقود ، وما ذكره فى تعليله الأول إنما يتمشى فى العقود دون الخصومات ، ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضى الله تعالى عنه وكل عقيلا) أى وكله فى الخصومات ، وإنما كان يختار عقيلا لأنه كان ذكيا حاضر الجواب ، حتى حكى أن عليا رضى الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال علىّ رضى الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق ، فقال عقيل : أما أنا وعنزى فعاقلان (وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضى الله تعالى عنه ، إما لأنه وقر عقيلا رضى الله عنه لكبر سنه ، أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه وكان شابا ذكيا ، كذا فى المبسوط . أخرج البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال : كان علىّ رضى الله عنه يكره الخصومة ، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب فلما كبر عقيل وكلنى . وأخرج عن علىّ رضى الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة . وقال الخصاف فى أدب القاضى : حدثنا معاذ بن أسد الخراسانى قال : حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبى الجهم عن عبد الله ابن جعفر أن عليا رضى الله عنه كان لايحضر الخصومة وكان يقول : إن لها قحما تحضرها الشياطين ، فجعل علىّ رضى الله عنه الخصومة إلى عقيل ، فلما كبر ورق حوّلها إلىّ ، فكان علىّ رضى الله عنه يقول : ماقضى لوكيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلىّ انتهى . وقال الزمخشرى فى الفائق : إن عليا رضى الله عنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ، وكان لايحضر الخصومة ويقول : إن لها لقحما ، وإن الشياطين تحضرها : أى مهالك وشدائد . وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى . وفى هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة . وفيه دليل أيضا على أن لايحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علىّ رضى الله عنه . وقال بعض العلماء : الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضى من علامات المنافقين ، وقد ورد الذم على ذلك ، قال الله تعالى ـ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون . إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا ـ وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والإجابة من المؤمن اعتقادا ، كذا فى شرح أدب القاضى . وذكر فى غاية

البيان (وكذا بإيفائها واستيفائها) أى وكذا تجوز الوكالة بإيفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (إلا فى الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها) أى باستيفاءالحدود والقصاص(مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا : أى مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بيّن ، لأن إيفاءها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة ، وهذا لايصح إلا من الجانى ، إذ إقامة العقوبة على غير الجانى ظلم صريح ، فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله ببنى صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل ، وقال فى تعليله (لأنها) أى الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أى غيبة الموكل ، هذا الوجه مخصوص بالقصاص ، إذ الحدود لايعفى عنها ، فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهى شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعى) لقوله تعالى ـ وأن تعفو أقرب للتقوى ـ وفى القصاص خلاف الشافعى رحمه الله فإنه يقول : هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ، ولكنا نقول : هذه عقوبة تندرئ بالشبهات ، بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لأن الظاهر عدم الرجوع) يعنى أن الشبهة فى حق الشاهد هى الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع ، إذ الصدق هو الأصل لاسيما فى العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة . أقول : يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود فى ظاهر الرواية كما مر فى كتاب الحدود ، ويقتضى ذلك اعتبار شبهة الرجوع فى حق الشهود هناك ، اللهم إلا أن يقال : عدم استيفاء الحد إذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل فى المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو ، فإن العفو عند حضور الموكل مما لايخفى فلا شبهة . أقول : لقائل أن يقول إن انتفاء الشبهة المعينة لايقتضى انتفاء الشبهة مطلقا ، والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص ، فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة فى استيفاء الحدود أصلا . ولما استشعر أن يقال إذا كان الموكل حاضرا لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء رأسا إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) إما لقلة هدايته ، أو لأن قلبه لايتحمل ذلك (فلو منع عنه) أى عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أى ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه . قال المصنف رحمه الله (وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح فى تفسير كلام المصنف : هذا أى جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص قول أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا فى توجيه تفسيرهم إياه بهذا المعنى : لأنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق : أى جميعها وبإيفائها واستيفائها ، واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال : هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ارتكبوه فى حل كلام المصنف رحمه الله هاهنا تكلف بارد وتعسف شارد ، حيث جعلوا البعض الغير المعيّن فى الكلام السابق بل الداخل فى مجرد كليته مشارا إليه بلفظ هذا الذى يشار به إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ماهو بمنزلة المحسوس المشاهد . ثم إن هاهنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه ، وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله: لاتجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو إثبات الحدود والقصاص أيضا : أى كما لاتجوز الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق . (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ، وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ، ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الأول كما لايخفى على الفطن . قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب : والأظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى

غيبة الموكل (دون حضرته) أى هو جائز فى حضرته بالاتفاق (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه . (له) أى لأبى يوسف رحمه الله تعالى(أن التوكيل إنابة) والإنابة فيها شبهة لامحالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب) أى فى باب الحدود والقصاص لأنه مما يندرئ بالشبهات (كما فى الشهادة على الشهادة) أى كالشبهة التى فى الشهادة على الشهادة حتّى لايثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق ، كما لايثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضى إلى القاضى (وكما فى الاستيفاء) أى وكالشبهة التى فى التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فإنها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولأبى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أى لاحظ لها فى الوجوب ولا فى الظهور(لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق) أى باقيها لقيام المقتضى وانتفاء المانع . لايقال : المانع موجود وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة على مامر . لأنا نقول : الشبهة فى الشرط لاتصلح للمنع ، إذ لايتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور ، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا خلاف) المذكور(التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أى من جهة من عليه (الحدّ) أو القصاص ، فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب . قال المصنف (وكلام أبى حنيفة فيه) أى فى التوكيل بالجواب (أظهر لأن الشبهة لاتمنع الدفع) يعنى أن التوكيل بالجواب إنما يكون للدفع ، ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتّى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال ، فالشبهة التى ذكرت فى دليل أبى يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لاتمنع هاهنا (غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه) أى على موكله : يعنى لو أقرّ الوكيل فى مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل إقراره استحسانا (لما فيه) أى لما فى إقراره (من شبهة عدم الأمر به) فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات . والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما فى الإقرار بسائر الحقوق . ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله . وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب ، لأن جواب الخصم من الخصومة ، ولكن هذا نوع من المجاز ، فأما فى الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة ، والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرئ بالشبهات دون مايثبت مع الشبهات . كذا فى المبسوط ، وذكر فى كثير من الشروح. واعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوّزه إنما هو فى حد القذف وحد السرقة . وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لأنه لاحق فيهما لأحد من العباد ، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة ، فإذا كان أجنبيا عنه لايصح توكيله به ، نص عليه فى الكافى والتبيين (وقال أبو حنيفة : لايجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب ، كذا فى للشروح والفتاوى (إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعنى إلا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) أى يجوز ذلك عندهما فى جميع الأحوال سواء رضى الخصم أم لا ، وسواء كان الموكل معذورا أم لا ، وكان أبويوسف يقول : أو لايقبل ذلك من النساء دون للرجال ، ثم رجع عن ذلك وقال : يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعى رحمه الله) أيضا ، وفى الخلاصة : والفقيه أبو الليث يفتى بقولهما . وفى فتاوى قاضيخان . وبه أخذ أبو القاسم الصفار . وقال : شمس الأئمة السرخسى : الصحيح عندى أن القاضى إذا علم بالمدعى التعنت فى إباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت إليه ، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعى ليشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لايقبل منه التوكيل . وذكر شمس الأئمة الحلوانى أن ذلك يفوض إلى رأى القاضى ، وهذا قريب من الأول انتهى . قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف فى الجواز) أى لاخلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه والشافعى رحمهم الله فى الجواز ، حتّى إذا وكل فرضى الخصم لايحتاج فى سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة (إنما الخلاف فى اللزوم) معناه إذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتدّ برده أم لا ؟ عنده يرتدّ خلافا لهم ، فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدورى . قال أبو حنيفة : لايجوز التوكيل بالخصومة إلا

برضا الخصم : أى لايلزم ذكر الجواز ، وأراد اللزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وإرادة الملزوم ، كذا في الشروح . وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وإيرادا حيث قال : فعلى هذا يكون قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز ، وأراد اللزوم فإن الجواز لازم اللزوم فيكون من ذكر اللازم وإرادة الملزوم ، وقال : فيه نظر ، لأنا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك فى أصول الفقه . سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بأن ما ذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذهب إليه السكاكى من أن الانتقال فى المجاز من الملزوم إلى اللازم ، وفى الكناية من اللازم إلى الملزوم لكنه ليس بشىء . أما أولا فلأن لفظ المجاز لم يذكر فى تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فإنه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار ردّه المزبور على لفظ زاده من عند نفسه فى بيان التأويل المذكور . وأما ثانيا فلأنهم حققوا أن الانتقال فى المجاز والكناية كليهما من الملزوم إلى اللازم . وردوا ماذهب إليه السكاكى بأن اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه إلى الملزوم ، وجعلوا العمدة فى الفرق بينهما جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ، فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن قوله لايجوز له التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضى به الخصم صح وإلا فلا فلاحاجة إلى قوله ولا خلاف فى الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازا انتهى . أقول : لايخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بقوله إن قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الأول من حيث الحقيقة هو معنى الثانى بعينه ، وليس كذلك إذ لاشك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم ، فنفى الأول يغاير نفى الثانى قطعا ، وإن أراد بذلك أن الثانى هو المراد من الأول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف فى الجواز ، فإن المتبادر من الألفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر إلى ذهن الناظر فى مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور فى نفس الجواز . فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم فهذا الكلام لاغبار عليه . ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم ، بل سبقه إلى ذلك كثير من المشايخ منهم الإمام شمس الأئمة السرخسى حيث قال فى شرح أدب القاضى : إن التوكيل عند أبى حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويجيب ، ومنهم الإمام علاء الدين العالم حيث قال فى طريقة الخلاف : التوكيل بغير رضا الخصم لايقع لازما . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله : يقع لازما . وذكر فى المحيط البرهانى أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبى يوسف ومحمد . وقد اختلف المشايخ على قول أبى حنيفة . بعضهم قالوا : رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه ، وقال بعضهم : لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل ، وإنما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب . ذكر فى شفعة الأصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وذكر فى وكالة الأصل : لايقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبى حنيفة . والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لايلزم الخصم الحضور . والجواب لخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضا مرضا لايمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم ، أو غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى . وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا (لهما) أى لأبى يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف فى خالص حقه) أى فى خالص حق الموكل ، وهذا لأنه إما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه . أما الخصومة فلأنها الدعوى وهى خالص حق المدعى حتى لايجبر عليها . وأما الجواب فلأنه إما إنكار أو إقرار ، وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه ، وإذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضى الديون) وقبضها وإيفائها (وله) أى لأبى حنيفة رحمه الله (أن الجواب مستحق على الخصم) يعنى أن الجواب حق واجب للمدعى على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أى يستحضر المدعى الخصم فى مجلس القاضى قبل أن يثبت له عليه شىء ليجيبه عما يدعيه عليه ، وغاية ما فى الباب أن يكون التوكيل تصرفا فى خالص حق الموكل ، لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعدّ إلى الإضرار بالغير (و) هاهنا ليس كذلك ، إذ لاشك أن (الناس

متفاوتون فى الخصومة) أى من جهة الدعوى والإثبات ، ومن جهة الدفع والجواب. فربّ إنسان يصوّر الباطل فى صورة الحق ، وربّ إنسان لايمكنه تمشية الحق على وجهه ، وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « إنكم تختصمون إلىّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بشىء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار » ذكره فى أدب القاضى والأسرار ، ومعلوم أنه لايوكل عادة إلا من هو ألدّ وأشد فى الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أى بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أى يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما) أى أحد الشريكين (يتخير الآخر) أى يتخير الشريك الآخر بين إمضاء الكتابة وفسخها ، فكان تصرف أحدهما متوقف على رضا الآخر ، وإن كان تصرفا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه . قال صاحب النهاية فى شرح الدليل المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله : ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضى يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه ، والناس يتفاوتون فى هذا الجواب ؛ فربّ إنكار يكون أشد دفعا للمدعى من إنكار . والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشد ، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه إضرار بالخصم ، وأكثر مافى هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ، ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذى قلنا لايملك بدون رضاه انتهى كلامه . وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور فى الكافى ومعراج الدراية أيضا . أقول : فيه نظر ، لأن أصل هذه المسألة عام لصورة التوكيل من جانب المدعى ، ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة فى صدر هذه المسألة وصرح به فى عامة كتب الفتاوى أيضا . وفى تقرير الدليل المزبور على الوجه الذى ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه فى شرحنا . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : ولأبى حنيفة رحمه الله أنا لانسلم أنه تصرف فى خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره فى مجلس القاضى ، والمستحق للغير لايكون خالصا له . سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس يتفاوتون فى الخصومة ، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى . أقول : فيه أيضا نظر ، لأنه جعل ماذكر فى الكتاب من قبل أبى حنيفة دليلين : أحدهما منعى لما قالاه ، والآخر تسليمى له ، فيرد حينئذ على الدليل الأول مايرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا بإحدى صورتى المسئلة العامة المدّعاة تأمل تقف . فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرّر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه فى شرحنا ، لكن الإنصاف أن تأثير المقدمة القائلة إن الجواب مستحق على الخصم إنما هو فى صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لايخفى على الفطن المتأمل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا ، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لأن الجواب غير مستحق) أى غير واجب (عليهما) أى على المريض والمسافر (هنالك) أى فيما إذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة ، فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص ، قال الله تعالى ـ وماجعل عليكم فى الدين من حرج ـ أقول : هاهنا شىء ، وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق إنما ينفذ فى صورة إن كان التوكيل من جانب المدعى عليه ، وأما فى صورة إن كان من جانب المدعى فلا ، لأن الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيما أو مريضا مسافرا ، فإن الجواب إنما يجب على من يجبر على الخصومة لاعلى من لايجبر عليها ، مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته ، فكان ينبغى أن يزاد عليه أن يقال : إن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشدّ من الضرر اللازم بتفاوت الناس فى الخصومة فيتحمل الأدنى دون الأعلى . وفى فتاوى قاضيخان : وأجمعوا على أن الموكل لوكان غائبا أدنى مدة السفر أوكان مريضا فى المصر لايقدر أن يمشى على قدميه إلى باب القاضى كان له أن يوكل مدعيا كان أومدعى عليه ، وإن كان لايستطيع أن يمشى على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشى على ظهر دابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك صح التوكيل ، وإن كان لايزداد اختلفوا فيه ، قال بعضهم : هو على الخلاف أيضا ، وقال بعضهم : له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل

عنده) أى عند أبى حنيفة (من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة) إذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه . وفى فتاوى قاضيخان : وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر لكن لايصدّق أنه يريد السفر ، ولكن القاضى ينظر إلى زيّه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما فى فسخ الإجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ فى تفسير المخدرة : فقال بعضهم : هى التى لم تجر عادتها بالبروز وحضور المجلس القاضى . وقال الإمام البزدوى : هى التى لايراها غير المحارم ، وأما التى جلست على المنصة فرآها الأجانب لاتكون مخدرة ، فاختار المصنف التفسير الأول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فإن هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازى) أراد به الإمام أبا بكر الجصاص أحمد بن على الرازى صاحب التصانيف الكثيرة فى الأصول والفروع وأحكام القرآن ، وإليه انتهت رياسة أصحاب أبى حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبى الحسن الكرخى ، وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) أى يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لأنها لو حضرت لايمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج ، فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهى لاتعرف بالخروج ومخالطة الرجال فى الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها ،وكذا فى المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لاتجرى فى الأيمان ، هكذا ذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضى ، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز ، لأن مجلس الخليفة كمجلسه كذا فى معراج الدراية وغيره (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف (وهذا) أى ما قاله الرازى (شىء استحسنه المتأخرون) وفى فتاوى قاضيخان : ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا ، كذا ذكره أبو بكر الرازى . وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده : ظاهر المذهب عن أبى حنيفة أنها على الاختلاف أيضا ، وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازى وعليه الفتوى انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبى يوسف ومحمد ، فأما على قول أبى‌حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل،فأما كون الموكل مالكا للتصرففليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل‌المسلم الذمى بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد . وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض، وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الأصل ، وإنما امتنع بعارض النهى ، كذا فى الكافى والكفاية والتبيين . قال صاحب النهاية فى تفسير قوله ممن يملك التصرف : أى ممن يملك ذلك التصرف الذى وكل الوكيل به ، وقال : قد ذكرنا فى أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد . وأما على قول أبى‌حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، فأما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل الوكيل به فليس بشرط ، ثم قال : فإن قلت : يشكل على ماذكرناه فى الكتاب ماذكره فى الذخيرة بقوله وإذا قال الرجل لغيره خذ عبدى هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لى به عبدا صح التوكيل بهذا ، وإن لم يصح مباشرة الموكل فى مثل هذا التصرف،فإن من‌قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لايجوز . قلت : إنما جاز ذلك فى التوكيل بهذا ولم يجز فى مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة ، وأما إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما فى بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف فى التوكيل لاتفضى إلى المنازعة لأن التوكيل ليس بأمر لازم ، ولاكذلك المباشرة لأنها لازمة فتفضى إلى المنازعة ، والمانع من الصحة المنازعة لانفس الجهالة انتهى كلامه. أقول: فى جوابه بحث لأن الفارق المذكور فيه إنما أفاد كية صحة التوكيل فى مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه فى مثلها ، وهذا القدر لايدفع السؤال المذكور بل يقويه لأن حاصله أن ماذكر فى الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق فى مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها . والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لايخفى . وقال صاحب العناية: قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد . وأما على قول أبى‌حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لايملك التصرف فى الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ،

ومنشأ هذا التوهم أنه جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد : أى لايملك التصرف الذى وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل ، وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف ، وأجاب حيث قال : لايخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف . والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لايتعدد حتى يستقيم إدخال «من» فى من يملك انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، فإنا لانسلم أن المالك للتصرف المخصوص لايتعدد ، ألا يرى إلى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره ، فإن كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا ، وإن وصل مبلغهم فى التعدد إلى الألف ، مثلا إذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك أن كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره . ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة إدخال «من» حينئذ فى من يملك ، فإن ذلك إنما يتوهم لو كانت كلمة من هاهنا للتبعيض ، وأما إذا كانت للتبيين كما هو الظاهر فى المقام فيستقيم جدا كما لايخفى . ثم إن ماذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من فى قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول . والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف فى قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف ، إذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط ، فوجه الأنسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ماعرف فى النحو ومن ألفاظ العام على ماعرف فى الأصول ، فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ، ولاشك أن الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ، ثم قال ذلك البعض إن الأنسبية قد فاتت فى قوله ويقصده كما لايخفى . أقول : هذا أيضا ليس بسديد ، فإن قوله ويقصده وإن لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فإنه معطوف على ما هو فى حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد فى قوله ممن يعقل العقد . ولا شك أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ماقبله على ماتقرر فى علم الأدب ، فقد حصلت الأنسبية المذكورة هناك أيضا . ثم إن حمل التصرف فى قول القدورى ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذى وكل به مما سبق إليه صاحب غاية البيان حيث قال : قيل لايستقيم هذا الشرط إلا على مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأنه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبى حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائها ، وهو جائز على مذهب أبى حنيفة مع أن المسلم لايملك التصرف بنفسه ، فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه ، بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به . ثم قال : قلت هذا الشرط الذى شرطه القدورى يستقيم على مذهب الكل ، وإنما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لأنه لايدرك كنه كلام القدورى ، إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط فى الموكل وشرط فى الوكيل . فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام . والثانى أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغا عاقلا على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل فى توكيل المسلم الذمى فى الخمر والخنزير بيعا وشراء ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا فى جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته . والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل فى الوكيل أيضا وهو الذمى لأنه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده ، فصح الشرط إذن على مذهب الكل ، والحمد لله الذى هدانا لهذا وماكنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، إلى هنا كلامه . ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال : قيل إنما يستقيم الشرط الأول على قولهما أما على قوله فلا ، لأنه يجيز توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها والمسلم لايملكه . وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلا بالغا ، وهذا حاصل فى توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها ، ثم حمد الله على ماهداه لذلك ، وهو خطأ إذ يقتضى أن لايصح توكيل الصبى المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح ، بل إذا وكل الصبى المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه . أقول : ماذهب إليه

صاحب الغاية هاهنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام ، فإن الذى يهمه فى توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه ، وهذا لايقتضى أن لايصح توكيل الصبى المأذون كما لايخفى على العارف بحكم الصبى المأذون على مذهبنا فى فصله . وأما قوله بأن يكون بالغا عاقلا ففضلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبى المحجور . وأما الصبى المأذون فكونه بمنزلة البالغ فى عامة التصرفات معلوم فى محله فهو فى حكم المستثنى ، ومن هذا ترى الفقهاء فى كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبى والمجنون لم يستثنوا الصبىّ المأذون عنه صراحة (وتلزمه الأحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل ممن لايثبت له حكم تصرفه وهو الملك ، لأن الوكيل بالشراء لايملك المبيع والوكيل بالبيع لايملك الثمن فلذلك لايصح توكيل الوكيل غيره . وقيل هو احتراز عن الصبى والعبد المحجورين ؛ فإنهما لو اشتريا شيئا لايملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما ، كذا فى أكثر الشروح . قال صاحب غاية البيان للقيل الثانى : وهذا هو الأصح من الأوّل ولم يبين وجهه . وقال صاحب العناية : قوله ويلزمه الأحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام . فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لأنه لم تلزمه الأحكام ، وعلى هذا يكون فى الكلام شرطان . والثانى : احتراز عن الصبى والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطا واحدا ، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف . فإن قلت : إذا جعلتهما شرطا واحدا لزم ملك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت : غلط لأن وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ماشرطت الوكالة به : يعنى أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لايملكه محال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أى للتصرف (ليملكه من غيره) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أوالتصرف الذى وكل فيه ، والثانى مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذى ببيع الخمر ، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح . والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة ، وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ، ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شىء بأمرين على البدل انتهى. أقول : فى جوابه نظر ، لأن كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل إنما يتوهم فى التوكيل بتصرف لابعينه بأن قال اصنع ماشئت أو اعمل برأيك ، وأما فى التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا ، إذ لاشك أن الوكيل هناك إنما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذى وكل به وهو بيع الخمر لاجنس التصرف مطلقا وإلا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر ، كأن يهب الخمر التى وكل ببيعها لذى أو يشترى بها منه شيئا أو نحو ذلك من جنس التصرفات ، وليس كذلك قطعا . والحق عندى فى الجواب أن يختار الشق الثانى وهو أن الوكيل يملك التصرف الذى وكل به من جهة الموكل . ويدفع النقض المذكور بحمل ما فى الكتاب على قول أبى يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الأصل فإن بيع الخمر جائز للمسلم فى الأصل ، وإنما امتنع بعارض النهى ، وقد ذكرنا كلا الوجهين فى صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، كذا ذكره فى مأذون الذخيرة وفى أكثر المعتبرات ، وهو احتراز عن الصبى الذى لم يعقل والمجنون (ويقصده) أى يقصد العقد ، والمراد أن لايكون هازلا فيه ، كذا رأى جمهور الشراح . وردّ عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم : أىّ ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا فى البيع ولو كان فى بيع ما وكل ببيعه غايته أن لايصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى . أقول : يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة هاهنا حيث قال : القصد شرط فى وقوع العقد عن الآمر ، حتى لوتصرف هازلا لايقع عنه انتهى فتأمل . وإنما اشترط ذلك فى الوكيل (لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلابد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لاتكون إلابالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز

كألحان الطيور (حتى لوكان) أى الوكيل (صبيا لايعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا) إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم. قال صاحب العناية : وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط فى صحة التوكيل، لكن ذكر فى الكتاب أن ذلك شرط ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبى العاقل صحيح ، ومعرفة ما زاد على «ده نيم» فى المتاع و«ده يازده» فى الحيوان، و«ده دوازده» فى العقار ، أوما يدخل تحت تقويم المقومين مما لايطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه . انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لايطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع ، إذ لاشك أن من لايمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن مازاد على مايدخل تحت تقويم المقومين أومازاد على «ده نيم» فى المتاع و«ده يازده» فى الحيوان ، و«ده دوازده» فى العقار غبن فاحش ، وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق . وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع فى الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لايطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فسلم ، لكن لايجدى فلك شيئا ، إذ لايخفى أن المراد بما ذكر فى الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثانى (وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدورى فى مختصره ، وكان ينبغى أن يقيد بالعاقل أيضا لأن المجنون إذا وكل غيره لايجوز ، وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلا ، أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد ، وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبىّ المأذونين ، فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما . ثم إن إن هذا غير منحصر فى المثلية فى صفة الحرية والرقية ، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ؛ ألا يرى أن التعليل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية ، وعن هذا قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : ولوقال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحرّ البالغ مثله أو المأذون ، وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى . وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام فى هذا المقام حيث قال : ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى . أقول : لايذهب عليك أنه لايجدى كثير طائل ، إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام ، على أن قوله من كان فوقهما لايخلو عن سماجة إذ لا أحد فوق الحرّ البالغ (وإن وكل) أى الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعى رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضى وأمينه حيث لاعهدة عليهما فيا فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه ، أما من جانب الموكل فظاهر ، وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لأن الصبىّ من أهل العبارة ؛ ألايرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أى للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (وإنما لايملكه) أى التصرف (فى حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا فى حقه) أى فى حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية فى حق صحة العبارة ، فإن صحتها بكونه آدميا (إلا أنه لايصح منهما) أى من الصبىّ والعبد المحجور (التزام العهدة ، أما الصبى لقصور أهليته) أى أما الصبىّ المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أى وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده فى ماليته ، فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى ، وإذا كان كذلك (فتلزم) أى العهدة (الموكل) لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بتصرفهما . ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ، وأن الصبىّ إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما فى حق نفسه فى ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضا . والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا فى المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان . ثم إن فى تقييد الصبىّ والعبد بقوله محجورا عليه إشارة إلى أنهما لوكانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر فى الذخيرة . وهو أن الصبىّ المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا وإذا وكل بالشراء ؛ فإن وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين : كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعى رحمه الله : تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح .

الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن لأن مايلزمه من العهدة ضمان كفالة لاضمان ثمن ، لأن ضمان الثمن مايفيد الملك للضامن فى المشترى ، وهذا ليس كذلك إنما هذا التزم مالا فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة ، والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لاضمان الكفالة . وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لايلزمه العهدة . وفى الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل ، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبى المأذون من أهل ذلك ، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بما يضمن من الثمن لايملك المشترى لامن حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لايملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى . والجواب فى العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل . ثم اعلم أن الصبى والعبد المحجورين وإن لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر فى الكتاب من بعد فى فصل الشراء فى التوكيل بعقد السلم حيث قال : والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لايتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو عبد محجور) وفى بعض النسخ : أو مجنون ، فقيل المراد به من يجن ويفيق ، وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون . قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين : وفى الكافى للعلامة النسفى : ثم علم أنه صبى محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أى للمشترى خيار الفسخ فى هذه الصورة (لأنه) أى لأن المشترى (دخل فى العقد على) ظن (أن حقوقه تتعلق بالعاقد) يعنى أن المشترى ما رضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فإذا ظهر خلافه يتخير) لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه ، فصار (كما إذا عثر) أى اطلع (على عيب) أى على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا . وفى ظاهر الرواية لاخيار للمشترى ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أى القدورى فى مختصره (والعقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال فى بعض نسخه : والعقد الذى يعقده الوكلاء : أى جنس العقد كذا فى غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه) أى تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل (كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول : هذه الكلية تنتقض بما إذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه ، فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد مما يضيفه الوكيل إلى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعى : تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أى صار الوكيل فى هذا الضرب (كالرسول) فإن قال رجل لآخر كن رسولى فى بيع عبدى وحقوق العقد لاتتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أى وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثانى فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجىء

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين : ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل ، وآخر بالموكل . فضابطة الأول كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل . وقال الشافعى : تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، وحكم التصرف هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه ، واعتبره بالرسول وبالوكيل

(قوله العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول : الظاهر أن القسمة إلى الضربين باعتبار الإضافة إلى نفسه ، وإلى الموكل لاباعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم ، وإنما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتأمل ، ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا .

ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولوكان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ، وإذا كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به ولهذا قال فى الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه ،

(ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعنى أن الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أى من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أى وصحة عبارة العاقد : أى صحة كلامه (لكونه آدميا) له أهلية الإيجاب والاستيجاب لالكونه وكيلا ، فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفى الكافى : فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم وراعينا الأصل فى حق الحقوق (وكذا حكما) أى وكذا الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لأنه) أى الوكيل (يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أى عن إضافة العقد إلى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فإنهما لايستغنيان عن الإضافة إليه (وإذا كان كذلك) أى إذا كان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أى فلكون الوكيل فى هذا الضرب أصلا فى الحقوق (قال فى الكتاب) أى قال القدورى فى المختصر . وقيل : أى قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أى يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) إذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول : أى يطالب الوكيل (بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع) أى ويقبض المبيع إذا اشترى (ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد فى الأول وكسرها فى الثانى ، فالأول فيما إذا باع ، والثانى فيما إذا اشترى على الترتيب السابق.

واعلم أن هاهنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال : يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان : حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق ، ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لاتجب عليه ، فإن امتنع لايجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع فى العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال ، وسيأتى فى كتاب المضاربة بعض هذا ، وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم . وعند الشافعى للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه . وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما إلى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أى عن الوكيل ، هذا جواب عما قاله الشافعى إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق

فى النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد فى هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء . وأما حكما فلأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لايستغنيان عن الإضافة إليه ، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا فى الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدورى فى المختصر أو قال محمد فى المبسوط : يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعى إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه . وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه فى ثبوت الملك بالتوكيل السابق ، وهذا طريقة أبى طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . وقال شمس الأئمة : قول أبى طاهر أصح . وقال المصنف : هو الصحيح . فإن قيل : قول أبى طاهر كقول الشافعى فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فإنه يقول الحكم وهو الملك

(قوله جواب عما قاله الخ) أقول : فخلاصة الجواب أنكم إن أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فسلم وما نحن فيه ليس كذلك ، وإن أردتم مطلقا فممنوع وهل النزاع إلا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول : قوله على متعلق بقوله يقع ، والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل (قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول : قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فإن قيل ، إلى قوله : فإنه يقول) أقول : الضمير فى قوله فإنه راجع إلى أبى طاهر .

اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح :

بالموكل فكذا توابعه . تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء ، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل فى ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك (كالعبد يتهب ويصطاد) فإنه إذا اتهب : أى قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد ، فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته ، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ماهو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل ، فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب ، كذا فى العناية . ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبى طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . قال شمس الأئمة السرخسى : قول أبى طاهر أصح . وقال المصنف (هو الصحيح) واحترز به عن طريقة أبى الحسن الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل ، وإليها ذهب بعض أصحابنا وهى اختيار الإمام قاضيخان كما ذكر فى التحرير ، وإنما قال هو الصحيح لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لايفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . قال صاحب العناية : وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه فى ثانى الحال وينتقل إلى الموكل باعتبار الوكالة السابقة . قال فى الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز مولاها فإنه تصير الأمة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وإن ثبت الملك للزوج فيها ، لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحرة فكذلك هاهنا انتهى . وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب : وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » الحديث انتهى . أقول : الجواب عن هذا النظر

يثبت للموكل فكذا الحقوق ، فالجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعى أصالة . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارته ، وجهة نيابته عن الموكل ، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ماهو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله (اعتبارا للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احتراز عن طريقة الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل ، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشترى إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لايفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو ملك المشترى لكان ذلك . وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضى ملكا مستقرا . قال فى الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الأمة مهرا للحرة ولم يفسد النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل فى ثانى الحال فلا يعتق عليه . وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » الحديث . وقال القاضى أبو زيد : الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق ، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ،

(قوله وهى أن الملك يثبت) أقول : وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : المطلق ينصرف إلى الكامل كما نص عليه فى كتب الأصول ، والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضى الخ) أقول : والذى يظهر من كلام المصنف أنه اختار قول أبى زيد إلا أن يؤول قوله كان أصلا فى الحقوق ويحمل على المبالغة فى التشبيه (قوله ثم ينتقل إلى الموكل من قبله) أقول : يعنى بأن يوكله .

قال العبد الضعيف : وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى . قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن الوكيل فيها سفير محض ، ألا يرى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ،

ظاهر ، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة . قال الصدر الشهيد : إن القاضى أبا زيد خالفهما وقال : الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق ، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق ، ووافق أبا طاهر فى حق الحكم وهذا حسن ، كذا ذكر فى الإيضاح والفتاوى الصغرى (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله : وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده ، وإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه ، كذا فى عامة الشروح . قال بعض الفضلاء : القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره فى فصل فى البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أولم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ . أقول : الذى يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية فى الكتاب إنما هو الذى ذكره الشراح هاهنا ، فإن الوكيل إذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل . ثم بعد هذا إن بقى المبيع فى يده يبقى حق الرد له ، وإن لم يبق فى يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على إذن الموكل . ولما لم يعلم هذا التفصيل هاهنا وكان مما يحتاج إلى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ماسيذكره فى فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء . وأما الذى يذكره فى فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ فما لامساس له بما نحن فيه ، فإن حاصل ذلك أنه إذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فإن رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل ، وإن رد عليه بحجة قاصرة لايرده عليه ، وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجرى بين الموكل والوكيل ، ولا شك أن المقصود بالحوالة مايتعلق بما نحن فيه لا مايتعلق بمجرد العيب ، فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكل عقد يضيفه) أى يضيفه الوكيل (إلى موكله) هذه ضابطة الضرب الثانى : أى كل عقد لايستغنى الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرّع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أى تسليم المرأة إلى زوجها (لأن الوكيل فيها) أى فى هذه العقود (سفير محض) أى معبر محض حاك قول الموكل ، ومن حكى قول الغير لايلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى أنه) أى الوكيل (لايستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل) كيف (ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أى للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعنى إذا كان الوكيل فى هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ، ولا شك أن الحكم

فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق وأبا طاهر فى حق الحكم . قال الصدر الشهيد : هذا حسن . قال المصنف (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله : وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده ، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه . قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثانى : كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا

(قال المصنف : وفى مسئلة العيب ؛ إلى قوله : وإذا اشترى الوكيل الخ) أقول : القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره فى فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ .

وهذا لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلايتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا . والضرب الثانى من أخواته العتق على مال

فى الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول (وهذا) يعنى كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل . وهذا على ماهو دأب المصنف رحمه الله فى كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى : وهذا لأن الخ ، ويريد به بذكر دليل آخر لمىّ بعد أن ذكر دليلا إنيا فهاهنا لما بين إنية كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أى فى هذه العقود (لايقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط ، إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب ، وهذه العقود لاتقبل ذلك (لأنه) أى لأن السبب فى هذه العقود (إسقاط) أى من قبيل الإسقاطات ، أما فى غير النكاح فظاهر ، وأما فى النكاح فلأن محل النكاح الأنثى من بنات آدم ، وهنّ فى الأصل خلقن حرائر والحرية تستدعى انتفاء ورود الملك على من اتصف بها ، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل ، فكان ذلك إسقاطا لمعنى المالكية الذى كان ثابتا للحرية بطريق الأصالة ، كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردرى ، ولأن الأصل فى الأبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل كذا ذكر فى الكافى . وإذا كان السبب فى هذه العقود إسقاطا (فيتلاشى) أى فيضمحل (فلا يتصوّر صدوره) أى صدور السبب بطريق الأصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما فى الضربُ الأول (فكان سفيرا) أى فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا . فإن قلت : ليس الكلامُ فى الحكم بل فى الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب ؟ قلت : إنهم قالوا فى الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق ، وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته ، وهاهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط ؛ فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافى الإضافة إلى الموكل فتعين الثانى ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثانى) وهو كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله (من أخواته) أى من أفراده التى بينهن أخوّة : أى مشاركة فى الحكم (العتق على مال) .

يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل . فإنه إن أضافه إلى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكأنّ العقد صدر منه ، ومن صدر منه العقد رجع إليه الحقوق كما فى الضرب الأول . قال المصنف (وهذا لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب ، لأنه) يعنى أن السبب فى هذه العقود إسقاط فيتلاشى ، ومعنى الإسقاط فى غير النكاح ظاهر . وأما فيه فلأن الأصل فى محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور ، إلا أن الشرعَ أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفى ذلك إسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره . ولقائل أن يقول : ليس الكلام فى نقل الحكم بل هو فى نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب ؟ والجواب أنا قد قلنا فى الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لعبارته ، وهاهنا الحكم لاينفصل عن العبارة لابالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للإسقاط ، فإما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافى الإضافة إلى الموكل فتعين الثانى ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبهه للطائف العبارات ، جزاه الله عن الطلبة خيرا . قال (والضرب الثانى من أخواته الخ) أى ومن أخوات الضرب الثانى

(قوله لكونهن من بنات آدم) أقول : منقوض بالتوكيل بشراء العبد وبيعه فتأمل فى الفرق (قوله أن الحكم ينتقل إلى الموكل) أقول : هذا على قول الكرخى (قوله أو يثبت له خلافة) أقول : هذا على قول أبى طاهر الدباس (قال المصنف والضرب الثانى الخ) أقول : والضرب مبتدأ والجملة التى بعده يعنى قوله من أخواته الخ خبره (قوله والضرب الثانى) أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من أخواته ، وإنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لامن أخواته كما لايخفى . قال العلامة النسفى فى الكافى : والحقوق فى كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن إنكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى .

والكتابة والصلح على الإنكار . فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ،

قوله والضرب الثانى مبتدأ موصوف . وقوله من أخواته خبر مقدم لمبتدإ ثان وهو قوله العتق على مال . والجملة أعنى المبتدأ الثانى مع خبره خبر للمبتدإ الأول ، فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال . قال بعض الفضلاء فى تفسير كلام المصنف هاهنا : أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من أخواتها العتق على مال ، وقال : إنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لامن أخواته . أقول : لايذهب على ذى مسكة أن التفسير الذى ذكره ذلك القائل مما لايساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه . وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لامن أخواته فإنما ينافى اعتبار الأخوّة بين الضرب الثانى ومشمولاته ، وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف هاهنا لأنه يجوز أن يكون إضافة الأخوات إلى ضمير الضرب الثانى لكونها من أفراده ، ويكون التعبير عنها بالأخوات للتنبيه على مشاركتها فى الحكم كما أشرنا إليه فى تفسير قوله من أخواته . نعم المتبادر من الإضافة اعتبار الأخوّة بين المضاف والمضاف إليه كما فى نظائره ، لكن قرينة المقام صارفة عنه إلى ماقلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل فى حكم الكلام السابق ؛ وكذا قوله (والصلح على الإنكار) وإنما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثانى لأنها من الإسقاطات دون المعاوضات . أما العتق على مال والكتابة فلأن البدل فيهما بمقابلة إزالة الرق وفك الحجر . وأما الصلح على الإنكار فلأن البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين فى حق المدعى عليه (فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن إقرار فيما إذا كان عن مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع ، وأما إذا كان الصلح عن دم العمد أوكان على بعض مايدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وإن كان عن إقرار لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرّع بالصلح والتوكيل من كتاب الصلح . أقول : فبهذا ظهر أن ما وقع هاهنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن إقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام ، كيف ولو كان ذلك كافيا هاهنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ماذكره فى الإيضاح حيث قال : ولو وكل وكيلا بأن يهب عبده لفلان أو يتصدّق به عليه أو يعيره إياه أويودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل ، وليس للوكيل المطالبة برد شىء من ذلك إلى يده ، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه ، لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لأنه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى . وأشار المصنف رحمه الله إلى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى

العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فيضيف إلى موكله والحقوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات (وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن إقرار (فهو من الضرب الأول) لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل . وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أويقرضه أويعير دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهبه لك موكلى أورهنه ، وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه . قال المصنف رحمه الله (لأن الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض ،

(قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ليس كل صلح عن إقرار جار مجرى البيع لما سيجىء أن كل شىء وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنها فقبض الوكيل) أقول : زيادة من عنده مخلة ، فإن الحكم كذلك وإن لم يقبض الوكيل (قال المصنف : لأن الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول : أى قبض الوكيل ، وفيه بحث ، بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه .

وأنه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، وكذا الشركة والمضاربة ، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وأنه) أى القبض (يلاقى محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل ، فالحكم أيضا يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل ، بخلاف التصرفات التى تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره ، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لأنه أصل فى التكلم وكلامه مملوك له . قال صاحب العناية : فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه . ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها فى العلية انتهى . أقول : ما استشكاله بشىء ولا دفعه . أما الأول فلأنه إذا ثبت أن الوكيل فى هذه العقود لم يجعل أصيلا فى الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل فى هذه العقود ، إذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل فى الضرب الأول ثبوت الحكم الذى هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل ، وهذا إنما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلا فى الحكم ، فإذا لم يجعل فى العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها . وأما الثانى فلأن الباعث على انتقال الحقوق إلى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس إلا كون السبب إسقاطا متلاشيا ، والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الأولوية . وأما الضعف فى العلية فإن كان له مدخل فإنما هو فى حق نفس ثبوت الحكم لا فى حق الانتقال فتأمل (وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعنى إذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله . وفى العناية : أما إذا قبض الموكل فلا إشكال ، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل ، وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض . ويدفع بأنه لابد له من إضافة العقد إلى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعنى إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، إذ لابد له من إضافة العقد إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لا عن موكله (إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فللوكيل أن يمنع الذى استقرضه من الآمر ، ولو هلك هلك من

والقبض يلاقى محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاقى محلا مملوكا للغير ، فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه . ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة ، ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها فى العلية ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل دون الوكيل . أما إذا قبض الموكل فلا إشكال ، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض . ويدفع بأنه لابد له من إضافة العقد إلى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه (وكذا) إذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة (قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس . واعلم أنى أعيد لك هاهنا ما ذكرته فى أول كتاب الوكالة ، وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون

(قوله فقوله فلا يجعل إلى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم) أقول : إذا لم يكن أصيلا فى حق الحكم لا يكون أصيلا فى حق الحقوق ، والوكيل فى الضرب الأول أصيل فى حق الحكم ويثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا فى حق الحقوق فلا حاجة إلى ما ذكره مع توجه المنع إلى ما أشار إليه من حديث الأولوية ، بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الأولوية ، إذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها إلا التلاشى ولزم كونه إسقاطا لا ضعف العلية ، والتلاشى هنا مفقود فأين الجامع ؟ (قوله لضعفها فى العلية) أقول : الضمير فى قوله لضعفها راجع إلى العبارة .

ماله . قال صاحب العناية : واعلم أنى أعيد لك هاهنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء ، فإن ظهرلك فاحمد الله تعالى ، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقل دموعه : التوكيل بالاستقراض لايصح لأنه أمربالتصرف فى مال الغير وأنه لايجوز. ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير. وأجيب بأن محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لاالاستقراض . وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولامحل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه. فإن قيل : فليكن فى الاستقراض كذلك . فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة إذ لم يكن فيها بدل فى الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء فى الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب ، إلى هنا كلامه. أقول : فيه بحث أما أولا فلأن الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى ، لأن التصرف فى ملك الغير والأمر به إنما لايجوز لو كان بغير إذن المالك ورضاه ، كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه . وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعا ؛ ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه ، وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ، ولا خلاف لأحد فى جواز ذلك ، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف فى ملك المقرض بإذنه ورضاه لابالجبر والغصب فينبغى أن يجوز أيضا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره فى الرد له بالتوكيل فى الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح ، إذ لانسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بإيجاد العقد ، وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الأمر بالشراء أمرا بقبض المبيع . سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد إيجاد

المقام من معارك الآراء ، فإن ظهرلك فاحمد الله ، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقل دموعه: التوكيل بالاستقراض لايصح لأنه أمر بالتصرف فى مال الغير وإنه لايجوز . ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير .وأجيب بأن محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح ، ولا محل لهسوى المستعار والموهوب ،إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملكعند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه فى ذلك.فإن قيل : فليكن فى الاستقراض كذلك . فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة إذ لم يكن فيها بدل فى الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء

(قوله ورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول : هذا نقض إجمالى . ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وإن أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك فى الاستقراض ، فإن المستقرض لايكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل (قوله وأجيب بأن محله الخ) أقول: منع لجريان الدليل مستندا بأن محله الخ (قوله وأورد بأنه هلا جعل الخ) أقول: فتكون الصغرى ممنوعة مع السند (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول : يئول إلى إبطال السند . ثم أقول : سيجىء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وأن الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح ، وكيفية تصحيحه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع فراجعه (قوله بإقامة الموكل) أقول : مضاف إلى الفاعل (قوله فالجواب ،إلى قوله : خلفا عن البدل الخ) أقول: وفيه نظر ، فإنه لو سلم ماذكره من قصة الخلفية فإنما هى خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لامطلقا والبدل فى الاستقراض لايصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل .

العقد لاقبله كما لايخفى ، والمبيع بعد إيجاد العقد ملك المشترى لاملك الغير ، بخلاف الاستقراض فإن المستقرض لايكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ماصرحوا به . فالصواب فى تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال : إنه أمر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها . وأما ثالثا فلأنه إن أراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن فى ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لأن نفس الثمن إنما هو محل التوكيل بإيفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لامحل التوكيل بالشراء نفسه ، وإن أراد بذلك أن محله هو إيجاب الثمن فى ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله فى ذمة الموكل والمصرح به فى الذخيرة وغيرها فهو مسلم ، لكن لايتم حينئذ جوابه عن الإيراد الآتى فإن معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله فى الاستقراض أيضا إيجاب البدل فى ذمة الموكل ، ولا يتيسر الجواب عنه بأن ذلك محل إيفاء القرض لأن محل إيفائه هو نفس البدل لا إيجابه فى ذمة الموكل . بل الجواب الصحيح عنه ماذكر فى الذخيرة وغيرها من أن البدل فى باب القرض إنما يجب فى ذمة المستقرض بالقبض لابعقد القرض ، فلا بد من تصحيح الأمر بالقبض أولا حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل فى ذمته ، والأمر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير . وأما رابعا فلأن قوله فى الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة إن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل غير تام ، فإنه إن قال الوكيل بالاستعارة إن فلانا أرسلنى إليك يستعير منك كذا ، وقال الوكيل بالاتهاب إن فلانا أرسلنى إليك يتهب منك كذا ، فإنهما فى هذه الصورة كانا متصرفين فى عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة ، والكلام هنا فى حكم الوكالة دون الرسالة ، فإن الرسالة صحيحة فى الاستقراض أيضا حتى أن الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال إن فلانا أرسلنى إليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به فى الذخيرة وغيرها . وإن قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل ، فإنهما فى هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين فى عبارة الموكل أصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما ، بل إنما تكلما بكلام أنفسهما إلا أنهما أضافا العقد إلى موكلهما كما فى سائر صور الضرب الثانى ، فأين يتمشى القول بأن محل التوكيل فيهما عبارة الموكل ، على أن ذلك القول منه يخالف صريح ماذكر فى الذخيرة وارتضاه كبار الشراح فى صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة ، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة فيها للوكيل . وأما خامسا فلأن قوله فالجواب إنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة الخ ليس بشىء ، لأن اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه إنما يتصور فى التصرفات التى هى من قبيل المعاوضات ، وأما فى التصرفات التى هى من قبيل التبرعات فلا ، وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية هاهنا . وأيضا استحالة اجتماع الأصل والخلف إنما تقتضى عدم جواز اعتبار العبارة فى الاستقراض خلفا عن بدل لاعدم جواز اعتبارها مطلقا ، فلم لايجوز أن تعتبر محلا للتوكيل فى الاستقراض أيضا لضرورة صحة العقد وإن لم تجعل خلفا عن بدل ؟ ألا يرى أنها اعتبرت محلا للرسالة فى الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم فى بيان بطلان استقراض للوكيل : إن العبارة للوكيل والمحل الذى أمره بالتصرف ملك الغير ، فإن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل . قلت : هذا الذى قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة ، فإنه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف فى ملك الغير ، وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل، بل معناه أن الوكيل بالاستقراض إذا أضاف العقد إلى نفسه وقال أقرضنى كان التوكيل باطلا حتى لايكون القرض للموكل بل يكون للوكيل ، إلا إذا أضاف العقد إلى الموكل وبلغ

فى الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لايجوز هذا ، والله أعلم بالصواب .

بخلاف الرسالة فيه . قال (وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه) لأنه أجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ،

على وجه الرسالة فقال أرسلنى فلان إليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل ، وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته ، انتهى كلامه . أقول : وفيه بحث ، إذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل هاهنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لإضافته العقد إلى موكله دون نفسه ، وإن قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ، ولو كان معنى كلام المصنف هاهنا مافهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى ، إذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك فى جميع صور ما إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، فإن كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله ، لأن هذه العقود كلها من الضرب الثانى ، ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله ، فإذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ، ولعمرى إن هذا الشارح قد هرب هاهنا عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الأولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية . قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أى فى الاستقراض فإنها تصح . قال فى الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ، ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلنى إليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : أى المرسل . وقال الإمام الزيلعى فى التبيين : وعن أبى يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه) أى فللمشترى أن يمنع الثمن من الموكل (لأنه) أى الموكل (أجنبى عن العقد وحقوقه ، لما) تقدم (أن الحقوق تعود إلى العاقد) فى البيع وأمثاله ، ولهذا إذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح ، وإن نهاه الموكل عن ذلك لا يصح ، وإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذن الوكيل (فإن دفعه إليه) أى إن دفع المشترى الثمن إلى الموكل (جاز) يعنى ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن إلى الموكل جاز دفعه إليه استحسانا . فالفاء فى قوله فإن دفعه للعطف لا للسببية ، ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى بالثمن (ثانيا لأن نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل وإن كانت مطالبته حق الوكيل (وقد وصل إليه)

(بخلاف الرسالة) فإنها تصح فى الاستقراض . قال فى الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلنى إليك فلان ويستقرض منك ، فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : يعنى المرسل . قال (وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن الخ) إذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبى عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع إلى العاقد ولهذا إذا نهاه الوكيل عن ذلك صح ، وإن نهاه الموكل لا يصح ، فإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذنه ، ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن إلى الموكل صح ، ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه فلا فائدة فى الاسترداد منه ثم فى الدفع إليه ، وهذا فى غير الصرف . وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض

(قوله قال فى الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول : بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة . وفيه بحث ، فإنه قال فى الخانية : إن وكل بالاستقراض ، إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال إن فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل ، وإن لم يضف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول : تصحيحا لكلام العاقل بقدر الإمكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل .

ولا فائدة فى الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لوكان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ، ولوكان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين .

وقد وصل حق الموكل إلى نفسه (فلا فائدة فى الأخذ منه) أى من الموكل (ثم فى الدفع إليه) أى إلى الوكيل . واعلم أن هذا فى غير الصرف ، وأما فى الصرف فقبض الموكل لايصح لأن جواز البيع فى الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل ، أشير إلى هذا فى الذخيرة وذكر فى الشروح (ولهذا) أى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لوكان للمشترى على الموكل دين تقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لايرجع الموكل على الوكيل بشىء من الثمن ، وهذا لأن المقاصة إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لايرجع الموكل على الوكيل بشىء فكذا هاهنا ، ولأنا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضى للموكل ، ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج إلى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه ، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشترى بالإجماع ، ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لأثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى ، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده . ولما استشعر أن يقال المقاصة لاتدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده . أجاب بقوله (وبدين الوكيل إذا كان وحده) إن كان (تقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الإبراء عنه) أى عن المشترى (عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد : يعنى أنه إن كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الإبراء بغير عوض عن المشترى عندهما فيملك المقاصة أيضا لأنها إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل فى الفصلين) أى فى فصل الإبراء والمقاصة ، بخلاف الموكل فإنه لايضمن لأحد فى شىء

(قوله ولهذا) توضيح لقوله إن نفس الثمن المقبوض حقه ، فإنه لوكان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة ، ولوكان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ، ولأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ؛ ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لايرجع الموكل على الوكيل بشىء فكذلك هاهنا . فإن قيل : المقاصة لاتدل على كون الثمن حقا للموكل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده . أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعوض وهو معتبر بالإبراء بغيره . وللوكيل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أى يبرئ المشترى بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمنه للموكل فى الإبراء والمقاصة ، وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل ، فكان بالإبراء مسقطا حق نفسه ، وفيه نظر ، لأنه لوكان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل ولا تضمين الوكيل . والجواب أن الثمن حقه فجاز إبراؤه فإن الإبراء من الوكيل هو ذلك ، فإذا أبرأه أسقط حق القبض ، وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة ، وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان ، كالراهن يعتق الرهن فإنه يضمن

(قال المصنف : إن كان يقع المقاصة الخ) أقول : قوله إن للوصل فى قوله إن كان قال فى النهاية : قوله إن كان يقع المقاصة الخ : يعنى «اكرچه دين مشترى بدين وكيل مقاصة ميشود و قتى كه تنها دين وكيل ابود سبب إن كه وكيل إبراء مشترى ، وأما لكمب ترد ايشان ولكن وقتى كه مشترى رابر موكل وبروكيل دين بود دين مشترى بل بادين موكل مقاصة شود وبدين وكيل » انتهى . وأنت خبير بأن الحق أن يقول موضع قوله «ولكن وقتى كه الخ ، ولكن وكيل ضامن ميشود هر موكل را» بخلاف موكل فافترقا ليطابق الشرح المشروح (قوله لكنه يضمن للموكل فى الإبراء والمقاصة) أقول : فافترقا .

(باب الوكالة فى البيع والشراء)

(فصل فى الشراء)

من الفصلين فافترقا . وقال أبو يوسف : لايجوز إبراء الوكيل استحسانا لأن الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل ، فإبراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى . وحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل ، ؛ ألا ترى أن الموكل لايمنعه عن ذلك ، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الإبراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه . ثم إنه لما أسقط حق القبض انسدّ على الموكل باب الاستيفاء إذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه ، كذا فى المبسوط . فان قيل : ينبغى أن لايجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لأنه خالف الموكل ، لأنه إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه وهاهنا لايصل . قلت : إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل إليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا ، لأن الآمر يملك إبراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الإبراء بعوض بطريق الأولى . كذا فى الذخيرة .

(باب للوكالة بالبيع والشراء)

(فصل فى الشراء)

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبئ عن إثبات الملك والبيع ينبئ عن إزالته ، والإزالة بعد الإثبات كذا فى الشروح . أقول : هذا الذى ذكروه لتقديم فصل الشراء

للمرتهن الدين لسدّه باب الاستيفاء من مالية العبد عليه . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال : الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه إلا بإذنه. والجواب القول بالموجب . سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لامحالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا . قيل : كان الواجب أن لايجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه . وأجيب بأن فى المقاصة وصولا متقدما إن كانت بدين الموكل ، ومتأخرا بالضمان إن كانت بدين للوكيل فلا مانع من الجواز .

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(فصل فى الشراء)

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبئ عن

(قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول : لعل هنا مسامحة .

(باب الوكالة فى البيع والشراء)

(فصل فى الشراء)

(قوله وقد فصل الشراء لأنه ينبىء الخ) أقول : ولأن الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ؛ ألا يرى أن أكثر

(قال : ومن وكل رجلا بشراء شيء فلابد من تسمية جنسه وصفته .

ضعيف جدا ، بل هو أمر وهمي لا تحقيقي ، لأن الشراء كما ينبئ عن إثبات الملك فى المبيع ينبئ أيضا عن إزالة الملك عن الثمن وإن البيع كما ينبئ عن إزالة الملك عن المبيع ينبئ أيضا عن إثبات الملك فى الثمن ، وعن هذا قالوا إن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه ، فهما سيان فى الإنباء عن الإثبات والإزالة . وإن وجه بأن الأصل والعمدة فى عقد المبايعة هو المبيع فيكفى إنباء الشراء عن الإثبات والبيع عن الإزالة بالنظر إليه . قلنا : لاشك أن ثبوت ملك المشترى فى المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه ، وإلا يلزم أن يجتمع فى كل مبيع فى آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولايخفى بطلانه ، فتعين أن ثبوت الملك وزواله فى البيع والشراء إنما يتحققان معا بالنسبة إلى الشخصين . وأما قضية كون الإزالة بعد الإثبات فإنما تجرى فى محل واحد بالنسبة إلى شخص واحد فهى بمعزل عما نحن فيه . فالأظهر أن الوجه فى تقديم فصل الشراء على فصل البيع ماهو الوجه فى تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة ، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التى قلما يخلو الإنسان فى أوقاته من الاحتياج إليها ، وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه ، بخلاف التوكيل فى باب البيع كما لايخفى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شيء أى شيء غير معين لأن فى المعين لايحتاج إلى تسمية الجنس والصفة كذا فى الشروح (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية ، فإن العبد جنس عند أهل الشرع ، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام (وصفته) أى نوعه على ما سيأتى فى كلام المصنف كالتركى والهندى . قال صاحب العناية : فيحتاج إلى تعريف الجنس والنوع ، فقيل الجنس هو مايدخل تحته أنواع متغايرة ، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه . وذكر فى الفوائد الظهيرية محالا إلى أهل المنطق : الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع ، والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أنه لم يأت بشيء يعرف به ماهو المراد بالجنس والنوع هاهنا لأن الذى ذكره أولا لاحاصل له بل هو أمر مبهم متناول لأمور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هاهنا قطعا . والذى ذكره ثانيا لايطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ماذكروه من أمثلة الجنس والنوع . وقال صاحب الغاية : وأراد بالجنس النوع لامصطلح أهل المنطق وهو الكلى المقول على كثيرين مختلفين بالنوع فى جواب ما هو ، والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد فى جواب ما هو ، أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ماعلق على شيء وعلى كل ما أشبهه ، ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص ، وقد مر بيان ذلك فى كتاب النكاح فى باب المهر انتهى . أقول : كل واحد من المعانى الثلاثة التى جوز كونها مرادة بالجنس هاهنا منظور فيه . أما الأول فلأنه إن أراد بالنوع فى قوله وأراد بالجنس النوع المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الأجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فإنهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الإنسان ، وإن أراد بذلك النوع اللغوى بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الأنواع الشرعية بل أصنافها أيضا ، فإن كل واحد منها قسم مما هو الأعم منه ، فلا يتميز الجنس الشرعى عن النوع الشرعى وما دونه فيختل معنى المقام . وأما الثانى فلأن ذلك المعنى الذى هو مصطلح أهل النحو فى اسم الجنس . وحاصله ما علق على شيء لابعينه كما ذكره فى باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الأجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق ، فإن كل واحد منها مما يجمع الأجناس الشرعية كما صرحوا به ، ويصدق أيضا على ما تحت الأجناس الشرعية من الأنواع الشرعية وما دونها ، فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ من غيره فيختل معنى

إثبات الملك والبيع ينبئ عن إزالته والإزالة بعد الإثبات . قال (ومن وكل رجلا بشراء شيء الخ) إذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لابد لصحته من تسمية جنسه وصفته : أى نوعه أو جنسه ومبلغ ثمنه ، والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ما هو كالحيوان ، والنوع هو المقول

الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف : وصفته) أقول : أى نوعه كما

أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار ›.

المقام . وأما الثالث فلأن ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء اليونان فى الجنس على مانقل عن أبى علىّ بن سينا يصدق على كل مفهوم كلى يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الأجناس الشرعية وما تحتها من الأنواع الشرعية وأصنافها ،فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام . وقال صاحب العناية : والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ما هو كالإنسان مثلا ، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى ، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى.أقول : لايخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب إلى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع ، لكن فيه أيضا إشكال لأنه إن أراد بالصنف فى قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقى كما هو المتبادر من سياق كلامه ، يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ماسيجىء فى الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقى ، بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا ، وإن أراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الإنسان وليس بنوع عند أهل الشرع ، بل هو عندهم مما يجمع الأجناس الشرعية كالعبد والجارية على ماصرحوا به ، وإن العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أوجنسه ومبلغ ثمنه) أى أوتسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) أى فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل، فإن ذكر الجنس مجرّدا عن الصفة أو الثمن لايفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمره الموكل به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو شراء نوع من جنس ، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه كذا فى العناية . أقول : لقائل أن يقول: إن أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع ، كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسمّ الموكل بشراء شىء نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به ، وعلى هذا لايحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض ، وإن أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع مّا من أنواع جنس فهو مسلم ، لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حينئذ معلوم ، وهو شراء نوع مّا من جنس ، فإذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به. ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وإن كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا إلى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس، فإذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل

على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب إماهو كالإنسان مثلا ، والصنف هوالنوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك ، وبالنوع الصنف ، فمن وكل رجلا بشراء شىء فإما أن يكون معينا أو لا ، والأول لاحاجة فيه إلى ذكر شىء ، والثانى لابد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا ، أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار فإن ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمر به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء . والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه ، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لى مارأيت فإنه فوّض الأمر إلى رأيه ، فأىّ شىء

سيفسرها به بعد أسطر (قوله والمراد هاهنا بالجنس مايشمل أصنافا الخ) أقول : سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول : فيه بحث ، لأن الحمار نوع وليس بصنف منطقى (قوله والأول لاحاجة فيه إلى ذكر شىء) أقول : من الجنس والنوع والثمن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا فى الثانى ، فلا يرد أن يقال فى الثانى لا تمس الحاجة إلى تسمية الجنس لما سيجىء أنه إذا سمى نوع الدابة تصح

(إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت) لأنه فوّض الأمر إلى رأيه ، فأى شىء يشتريه يكون ممتثلا . والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا ،

الائتمار بأمره على وفق مراده ، فعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق ذلك ويرشد إليه قوله فيما سيأتى فلايدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (إلا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بدّ من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه : يعنى إذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لى ما رأيت)فلا يحتاج إلى ذكر شىء منها (لأنه) أى الموكل فى هذه الصورة(فوّض الأمر إلى رأيه) أى إلى رأى الوكيل (فأىّ شىء يشتريه يكون ممتثلا) لأمر الموكل فيقع عنه . اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع :فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وإن بيّن الثمن لأن الوكيل لايقدر على الامتثال . ويسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروى والمروى فإنها لاتمنع صحة الوكالة وإن لم يبيّن الثمن. وقال بشر بن غياث : لاتصح الوكالة لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية ولم يبيّن صفتها . ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا. وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره. وجهالة متوسطة وهى بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار ، فإن بيّن الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع ، وإن لم يبيّن الثمن أو النوع لايصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال . كذا ذكر فى الكافى أخذا من المباسيط والجوامع: فأراد المصنف أن يشير إلى هذه الأنواع الثلاثة من الجهالة ، وأن يبين حكم كل واحد منها فى باب الوكالة . فقال(والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فىالوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة، وإنما قيد بالاستحسان لأن القياس أن لاتتحمل الجهالة فى الوكالة وإن قلّت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أوالشراء ، ألايرى أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من

يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر (والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة فى باب الوكالة استحسانا) والقياس يأباه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل ، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به . ووجه الاستحسان ما ذكره (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا، وذلك خلف باطل فلابد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لايفسدها فنقول: إذا بيّن الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لامحالة ، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لامحالة . وإن بيّن الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة ، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أوالثمن جازت وإلا فلا، وإن بيّن النوع ولم يبيّن الوصف كالجودة وغيرها فكذلك ، وعلى هذا إذا قال لآخر اشتر لى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة فى الحقيقة اسم لما يدبّ على وجه الأرض . وفى العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا كثيرة ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لايصح تسميته مهرا ، وكذا الدار تشتمل على ما هو فى معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان فيتعذر الامتثال،لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة، إلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف

الوكالة ، فإن عمم الذكر الضمنى أيضا يقال الجنس والنوع مذكوران ضمنا فى الأول ، فليتأمل (قال المصنف : والأصل فيه أن الجهالة الخ) أقول : والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ(قوله فلو اعتبرناه لكان إلى قوله : خلف باطل) أقول : فيه شىء (قوله وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول : يعنى فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول : وإن بين الثمن (قوله إلا إذا وصفها) أقول : مع ذكر الثمن .

لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة . وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ماهو فى معنى الأجناس لايصح التوكيل وإن بيّن الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وإن كان جنسا يجمع أنواعا لايصح إلا ببيان الثمن أو النوع) لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لايصح لأنه يشمل أنواعا فإن بيّن النوع كالتركى والحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد جاز ،وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه ، ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة ، ومراده من الصفة المذكورة فى الكتاب النوع (وفى الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشتر لى ثوبا أودابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة فى حقيقة اللغة اسم لما يدبّ على وجه الأرض . وفى العرف يطلق على الخيل

الموكل فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه . وجه الاستحسان ماذكره بقوله (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط) يعنى اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم إن كان اللفظ) أى لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ما هو فى معنى الأجناس) كالدار والرقيق (لايصح التوكيل وإن بيّن الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة ، وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لايقدر على الامتثال (وإن كان) أى اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والأمة (لايصح) أى التوكيل (إلا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أى امتثال أمر الآمر (مثاله) أى مثال هذا النوع من أنواع الجهالة ، وإنما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتى فى أثناء مسئلة الجامع الصغير ، بخلاف هذا النوع وهذا سرّ تفردت ببيانه (إذا وكله) أى إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لايصح) أى لايصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لأنه يشمل أنواعا) أى لأن هذا اللفظ : يعنى لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدرى المراد (فإن بيّن النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد) وفى المغرب المولدة التى ولدت ببلاد الإسلام (جاز) أى التوكيل وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه) أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما . قال بعض المشايخ : إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لايصح ببيان الثمن مالم يبيّن النوع كذا فى الذخيرة (ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبيّن الصفة) وهى (الجودة والرداءة والسطة) أى الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ فى أن التاء فى آخرها عوّضت عن الواو الساقطة من أولها فى المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أى التوكيل (لأنه) أى هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أى يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أى مراد القدورى (من الصفة المذكورة فى الكتاب) أى فى مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به فى كتب سائر المشايخ (وفى الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشتر لى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أى وإن بيّن الثمن كما ذكر فيما مر ، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به فى نسخ الجامع الصغير فقال : رجل أمر رجلا أن يشترى له ثوبا أودابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة فى حقيقة اللغة اسم لما يدبّ على وجه الأرض . وفى العرف ينطلق على الخيل

والثمن ، وإذا قال اشترلى عبدا أوجارية لايصح لأن ذلك يشمل أنواعا ، فإن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا وهو الذى ولد فى الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت ، لأن بذكر النوع تقلّ الجهالة ، وكذا إذا قال عبدا بخمسمائة أو جارية بألف صحت لأن بتقديرالثمن يصيرالنوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال . وتبيّن من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة ، وإن لم يذكر الصفة : أى الجودة والرداءة والسطة . وفائدة ذكر الجامع

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لايصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال (قال : وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه ، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوه .

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعنى أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أى هو أيضا يجمع أجناسا (لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) أى من الأعلى إلى الأدنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لايصح تسميته) أى تسمية الثوب (مهرا) فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية فى باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الأجناس) يعنى أن الدار وإن لم تجمع أجناسا حقيقة إلا أنها تجمع ما هو فى معنى الأجناس (لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أى يتعذر الامتثال لأمر الآمر بشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة . قال (وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أى التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (معناه) يعنى معنى جنس الدار فى قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهى جهالة يسيرة لاتمنع صحة الوكالة كما مر . قال صاحب النهاية : وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه : وإن وكله بأن يشترى له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ، ثم قال : وإن سمى الثمن جاز لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة ، وإن بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة . والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لايجوز إلا ببيان المحلة انتهى . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع . وأنا أقول : فى تحقيق المقام : إنما حمل المصنف الجنس الواقع فى عبارة الجامع الصغير هاهنا على النوع لئلا يختل معنى المقام ، فإنه لو أجرى الجنس هاهنا على معناه الظاهرى كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر إلى مسئلة الدار ومخلا بالنظر إلى مسئلة الثوب . أما الأول فلأن الموكل إذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها ، إذ لامدخل لوصف الجنس فى رفع الجهالة ، وإنما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل ، وأما الثانى فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى : إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ، ولا صحة له على تقدير إن كان الجنس يجرى على معناه الظاهرى ، لأن الثوب من قبيل مايجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهى لاترتفع . وإن بيّن الثمن ، فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس . وأما إذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى فى مسئلة الثوب بلا غبار ، إذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التى تمنع صحة الوكالة قطعا ، وإنما يبقى الكلام فى مسئلة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع ، مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع فى رواية المبسوط ، بل فى رواية عامة الكتب ، فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب ، لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز فى المسائل الشرعية ، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا أيضا كذلك ، فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة فى الدار فاحشة كما بينه المصنف ، ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به . ثم إنا إن جعلنا وصف النوع فى حق الدار بيان المحلة صار ماذكره فى الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر فى كثير من الكتب فتأمل . قال المصنف (وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا ونحوه) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وإن لم يبيّن الثمن ، وبه صرح فى المبسوط لأن الجنس صار معلوما

الصغير بيان اشتمال لفظة على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه .

(قال المصنف : وإن سمى ثمن الدار ، إلى قوله : جاز معناه نوعه) أقول : وفى شرح الجامع الصغير للإمام التمرتاشى : ولو قال اشتر لى حمارا أو فرسا أو ثوبا يهوديا أو هرويا صح التوكيل وإن لم يبين الثمن ، لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر . ولو قال اشتر لى جارية أو عبدا أو لؤلؤة أو دارا ، إن بين الثمن صحت الوكالة وإلا فلا ، لأن جهالة هذه الأشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب ، فإن بين الثمن ألحق بجهالة الفرس ، وإن لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى . ولايخفى عليك مخالفة المذكور فى الهداية لما فى هذا الكتاب .

(قال : ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا . والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم . وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ماذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ،

بتسمية النوع ، وإنما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن . فإن قيل: الحمير أنواع منها مايصلح لركوب العظماء، ومنها ما لايصلح إلا للحمل عليه . قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا : إن القاضى أو الوالى إذا أمر إنسانا بشراء حمار ينصرف إلى مايركب مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لايجوز عليه ، بخلاف ما لو أمره الفاليزى بذلك ، كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح. أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن ماذكره المصنف هاهنا مخالف لما ذكره فى باب المهر فى مسئلة التزوّج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوّجها على فرس أو حمار انتهى. فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذى ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد، إذ قد صرح المصنف هاهنا بأن الحمار نوع ، ولا شك أن مراده بالنوع هاهنا ماهو مصطلح الفقهاء وإلا للزم بيان ثمن الحمار أيضا ، وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) وإنما قيد بدفع الدراهم الخ لأنه إذا لم يدفع إليه دراهم وقال اشتر لى طعاما لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له المقدار وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لايقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا فى الكافى وغيره ، وما ذكر فى الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أى لحقيقة الطعام (كما فى اليمين على الأكل) يعنى إذا حلف لايأكل طعاما يحنث بأكل أى طعام كان (إذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أى العرف (على ماذكرناه) أى على الحنطة ودقيقها (إذا ذكر) أى الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعنى أن العرف فى شراء الطعام إنما يقع على الحنطة ودقيقها ، وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، كذا فى المبسوط . وقال فى الكافى : ولهذا لوحلف لايشترى طعاما لايحنث إلا بشراء البرّ ودقيقه

قال (ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما الخ) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا ، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة ، كما إذا حلف لايأكل طعاما إذ الطعام اسم لما يطعم (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس ، والعرف فى شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها . قالوا : هذا عرف أهل الكوفة ، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام ، أما فى عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم . قال بعض مشايخ ماوراء النهر : الطعام فى عرف ديارنا مايمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . وقيل إن كثرت الدراهم على الحنطة، وإن قلّت فهو على الخبز ، وإن كان بين ذلك فعلى الدقيق ، وهذا بظاهره يدل على أن ماذكره أوّلا مطلق : أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها ، وهذا الثانى المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأوّل وهو قول أبى جعفر الهندوانى ، ولكن ذكر فى النهاية أنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل فى الأول ، وذكر مايدل على ذلك من المبسوط بقوله : قال فى المبسوط بعد ماذكر ماقلنا : ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا ، وإن كثرت فليس له أن

ثم أقول : ويحتمل أن يكون الواو فى قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لايخالف ما فى سائر الكتب كالكافى وغيره . نعم الموافق لكلامه السابق إبقاء الواو على معناه فليتأمل (قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول : الأولى أن يقال من الحقيقة .

ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع ، وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق .

(ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع) أى فبقى الطعام فى حق الأكل على الوضع والحقيقة ، ولهذا يحنث فى اليمين على الأكل بأكل أىّ مطعوم كان . قالوا : هذا الذى ذكر فى شراء الطعام من انصرافه إلى الحنطة ودقيقها إنما هو عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام ، وأما فى عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كل مطعوم . وقال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى ، كذا فى الذخيرة وغيرها (وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلّت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولا مطلق : أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها ، وهذا الذى ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأول وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى كما ذكره الصدر الشهيد فى أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الإمام قاضيخان فى فتاواه إلى شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده ، ولكن قال صاحب النهاية : إنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل فى الأول ، وإليه أشار فى المبسوط والذخيرة فقال فى المبسوط بعد ذكر ما قلنا : ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا ، وإن كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز ، لأن ادّخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار فى الحنطة . وذكر فى الذخيرة : وإذا وكل رجلا بأن يشترى له طعاما ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانا ، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم فى تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها فى العرف إلا الخبز ، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز إلى آخره . ثم قال : قال القدورى : إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم ، فإذا اشترى الخبز فى هذه الصورة يجوز على الآمر إلى هاهنا كلام صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل رأى صاحب النهاية هاهنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للأول بل هو داخل فيه . وأقول : فى تحقيق ذلك العرف يصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف . وقد يعرض ما يرجع على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى. وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة . ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما فى الذخيرة بعينه انتهى . وأقول : لا يذهب على المتأمل فى كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكر أولا من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانيا بقيل فى الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدورى وبين ما ذكر هاهنا بقيل . وفى الذخيرة بتحكم الدراهم وقصد إفادة هذه المعانى الثلاثة بقيل داخل فى الأول ، وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الأول ،

يشترى بها الخبز لأن ادّخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار فى الحنطة . وأقول : فى تحقيق ذلك العرف ينصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف . وقد يعرض ما يرجع على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل به عليه ، مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على

(قوله وأقول فى تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ، فقال بعد نقل كلام المبسوط : وذكر فى الذخيرة : وإذا وكل رجلا بأن يشترى له طعاما ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها ، وتحكم الدراهم فى تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها فى العرف إلا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف إلى الخبز ، ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما فى الذخيرة بعينه (. قوله إلى الحنطة ودقيقها) أقول : الأولى أن يقول وخبزها أيضا .

قال (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لأنه من حقوق العقد وهى كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة ، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده . قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر ،

وكيف يصح ما ذكر فى التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ماعينه العرف ، والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ماذكر فيه . لايقال : يجوز أن يدرج الخبز فى الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل فى حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره . لأنا نقول : لامجال لشىء من ذلك لأنهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها فى الذكر والحكم حيث قالوا : إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فأنى يتيسر ذلك . نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها فى الذخيرة فى أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية ، فحينئذ لا إشكال ، ولكن الكلام فى تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثانى داخلا فى الأول فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أى فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه (مادام المبيع فى يده ، لأنه) أى الرد بالعيب (من حقوق العقد) أى من حقوق عقد الشراء (وهى كلها إليه) أى الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل فى مثل هذا العقد (فإن سلمه إلى الموكل) أى فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يرده إلا بإذنه) أى لم يرده على البائع إلا بإذن الموكل (لأنه انتهى حكم الوكالة) أى انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة والقطع حقه (ولأن فيه) أى فى الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل(إبطال يده) أى يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه) أى بإذن الموكل الذى هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أى ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل فى كثير من الشروح. أقول : فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف فيما سيأتى قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لايخفى ، مع أن كلا منهما فى حيز هذا التفريع كما ترى . فالحق فى التفسير أن يقال : أى لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد فى صورة وعدم جوازه فى أخرى(كان) أى الوكيل (خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع) إذا ادعى حق الشفعة فى المشترى (وغيره) أى وغير الشفيع كمن يدعى الاستحقاق فى المشترى من حيث الملك(قبل التسليم إلى الموكل) متعلق بقوله كان خصما : أى كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم إلى الموكل (لابعده) أى لم يكن خصما له بعد التسليم إليه (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعنى إذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة (على مامر) فى أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره . قال جمهور الشراح : يرد عليه مسئلة الوكالة

الوكالة للعلم بأن المراد ذلك. قال(وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ) وإذا اشترى الوكيل ماوكل به وقبضه ثم اطلع على عيب ، فإما أن يكون المشترى بيده أو دفعه إلى الموكل ، فإن كان الأول جاز له أن يرده إلى البائع بغير إذن الموكل ، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها إليه ، وإن كان الثانى لم يرده إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة ، ولأن فى الرد إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه (ولهذا) أى ولكون الحقوق كلها إليه (كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم إلى الموكل) قال(ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) إذا وكل شخصا بأن يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز لأنه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر فى أول كتاب الوكالة ،

(قوله ولهذا : أى ولكون الحقوق كلها إليه) أقول : الشارح تبع فى هذا التفسير الإتقانى ، وفيه بحث ، فإن الأولى أن يقول : أى لما ذكر من الأدلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده إلا بإذنه ، إذ لايتفرع قوله لابعده على ماذكره مع أنه مذكور فى حيز التفريع ، ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده ، بخلاف الإتقانى فليتأمل .

ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لايجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لايجوز.

من جانب المسلم إليه فإنها لاتجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز . فنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه . فقال صاحب غاية البيان : فجوابه أن القياس أن لايملكه المسلم إليه أيضا لكونه بيع المعدوم ، إلا أنه جوّز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس. وقد روى وأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره . أو نقول : جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس . والثابت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة ، فلم يظهر أثره فى التوكيل ولم يرد نقضا على الكلى الذى قاله القدورى ، لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعارض الضرورة ، والعوارض لاتقدح فى القواعد . وقال هذا ما سمح به خاطرى فى هذا المقام ، وقد تبعه صاحب العناية فى كلا وجهى جوابه ولكنه أجملهما . أقول : فى كل أحد منهما نظر . أما فى الأول فلأنه منقوض بعقد الإجارة مثلا لأنه كما يجوز أن يباشره الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف ، مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتى فى أول كتاب الإجارة . ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه ، فجواز التوكيل فيه على فرض لاينافى الاقتصارعلى مورد النص ، كما أن جوازه فى عقد الإجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لأجل ذلك . وأما فى الثانى فلأنه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن فى التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما إذاكان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحوذلك ، فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدرالضرورة لايمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضا . لايقال : إنما جاز بيع المعدوم فى عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن لالمطلق الضرورة . والذى يتحقق فى التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لاغير . لأنا نقول : بل يتحقق فى التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن أيضا مع زيادة ، فإن المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدرعلى توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته إلى الثمن . قال المصنف(ومراده التوكيل بالإسلام)أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالإسلام ، وهو توكيل ربّ السلم غيره بأن يعقد عقد السلم ، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم . يقال : أسلم فى كذا : إذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه (لأن ذلك) أى لأن التوكيل بقبول السلم (لايجوز فإن الوكيل (حينئذ) يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لايجوز)

ولووكله بأن يقبل السلم لايجوز لأن الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وذلك لايجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الديون . واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض ، وبأن التوكيل بالشراء جائز لامحالة ، والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لايجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه. وأجيب عن الأول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس . والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها فلا يتعدى إلى جواز التوكيل به ، والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص ، والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى إلى الآمر به . وعن الثانى بأن كلامنا فيما إذاكان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته . فإن قيل : فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء . فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفا ،

(قال المصنف : فإن الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول : لأن الحقوق ترجع إليه فيكون الطعام دينا فى ذمته ، كما أن الثمن يكون دينا فى ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل ، فإنا لانسلم أن الثمن دين فى ذمة الوكيل (قوله فلم لايجوز أن يكون المال الخ) أقول : يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول : المراد من النص هو ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص فى السلم » كما مر فى أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول : جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الأول .

(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولايعتبر مفارقة الموكل) لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لايتعلق به الحقوق كالصبيّ والعبد المحجور عليه ،

لأن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الديون نص على ذلك محمد فى باب الوكالة بالسلم من البيوع . وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه ، كذا فى المبسوط وغيره . فإن قيل قد يجوز التوكيل بشىء يجب فى ذمة الغير كما فى التوكيل بالشراء ، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب فى ذمة الموكل فلم لايجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية . فإن المسلم فيه دين فى ذمة المسلم إليه كالثمن فى ذمة المشترى . قلنا : بين الدينين فرق ، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لايجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وقال صاحب العناية فى الجواب عن السؤال المذكور : إن كلامنا فيما إذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته . وقال : فإن قيل : فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء . فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفا انتهى كلامه . أقول : إنه عدل هاهنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد ، لأن مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذى ذكره المصنف ، والمصير إلى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الأول الذى حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة ، فيقتصر على مورد النص ويتقدّر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الآمر به . والدليل الذى ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره . على أن الجواب عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدورى فى مختصره : أى إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعنى أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس ، فإذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد . قال صاحب النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأنّ الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده . قال الزيلعى فى التبيين : وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أى لاتعتبر مفارقته قبل القبض (لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أى قبض الوكيل بدل الصرف (وإن كان لايتعلق به الحقوق) أى وإن كان الوكيل ممن لايتعلق به حقوق العقد (كالصبىّ والعبد المحجور عليه) لأن القبض فى الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد : أقول : لو قال المصنف فى أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل

وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى الآمر لإطلاق ما يدل على بطلانه ، ولابد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس ، فإن قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان مما يتعلق به الحقوق أو ممن لايتعلق به كالصبىّ والعبد المحجور عليه فإن قبضه صحيح وإن لم يكن لازما (فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الإسلام : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا فيه فإن الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل . وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو

(قوله وهو مشكل ، فإن الوكيل أصيل فى باب البيع الخ) أقول : وهذا الإشكال توارد على الزيلعى أيضا . ولفظ عبارته : قال

بخلاف الرسول لأن الرسالة فى العقد لا فى القبض ، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

ليصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق ، إذ لايخفى أن المدعى هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابى الصرف والسلم ، كما أن قوله فيما قبله فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما . والدليل الذى ذكره هاهنا خاص بباب الصرف لأن التوكيل فى باب السلم إنما يصح من جانب ربّ السلم لامن جانب المسلم إليه كما مر ، والوكيل من جانب ربّ السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام المدعى ، بخلاف ما لوقال مثل ماذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه . ومعناه أن الرسول إذا قبض لايصح قبضه فلا يتم العقد به وفى بعض النسخ بخلاف الرسولين : أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم : أى من جانب ربّ السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لايجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لايجوز الرسالة من جانبه كذا فى الشروح (لأن الرسالة فى العقد لا فى القبض) وذلك لأن الكلام هاهنا فى مخالفة الرسول فى العقد للوكيل فى العقد فى بابى الصرف والسلم ، ورسالة الرسول فى العقد إنما تثبت فى العقد لا فى القبض ، لأن القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا . وقال صاحب العناية فى توضيح قوله لأن الرسالة فى العقد لا فى القبض : وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال : فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله إذ لامعنى للإرسال قبل المفارقة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن هذا إنما يفيد أن لاتكون الرسالة فى القبض فقط ، لا أن تكون فى العقد والقبض معا ، وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لايتم المطلوب هاهنا كما لايخفى تأمل (وينتقل كلامه إلى المرسل) أى وينتقل كلام الرسول فى العقد إلى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أى لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به . أقول : هاهنا إشكال ، وهو أن الرسالة فى السلم إنما تجوز من جانب رب السلم لامن جانب المسلم إليه كالوكالة فيه على ماصرحوا به ، فالمراد بالرسول فى باب السلم هو الرسول من جانب ربّ السلم فقط ، ولاشك أن وظيفة رب السلم هى العقد وتسليم رأس المال لاقبضه الذى هو من شرط عقد السلم ، وإنما القبض وظيفة المسلم إليه فلا يتم الكلام بالنظر إلى الرسول فى باب السلم كما لايخفى . ثم إن هذا الإشكال ظاهر على نسخة ، بخلاف الرسولين وهى نسخة أطبق عليها الشراح حتى أن صاحبى النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكر النسخة الأخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الأخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم . وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك إن جعل الرسول عاما للرسول فى الصرف والرسول فى السلم كما ذهب إليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم ، وكما أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال : بخلاف الرسول : أى فى الصرف والسلم

أو لم يحضر ، ومفارقة الموكل غير معتبرة لأنه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ، ووقع فى بعض النسخ بخلاف الرسولين : أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم : أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لايجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول ، ومعناه أن الرسول إذا قبض لايصح العقد بقبضه (لأن الرسالة فى العقد لا فى القبض) وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وإذا كانت فيه ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

فى النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده . وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر . ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال : المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لاتضره ، وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه ، وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لاتعتبر أصلا وإن كان حاضرا انتهى . وعليك بالتأمل (قوله لأنه كما لايجوز إلى قوله : فكذلك الرسول) أقول : لعموم الدليل لنفى الرسالة أيضا كما يفهم من قوله لإطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل ، والمراد من الدليل فى قولنا لعموم الدليل الخ قوله ماثبت ضرورة أو على خلاف القياس لايتعدى

(قال : وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا إذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فإن هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

انتهى . وأما إذا جعل مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه ، فإن المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الإشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لأنه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل. قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أوّلا ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى . أقول : هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه ، لأن انتقال الملك أوّلا إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخى ، والمصنف قد اختار فيما مرّ طريقة أبى طاهر ، وقال : هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك ، ومنهم هذا الشارح. وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل ، لكن خلافة عن الوكيل على مامر تفصيله ، فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك ، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعى . ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وإن لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية (ولهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (إذا اختلفا فى الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (ويردّ الموكل بالعيب على الوكيل) أى وإذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل ، وهذا أيضا من خصائص المبادلة . لا يقال : ماذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها . لأنا نقول : هذا دليل إنىّ لا دليل لمىّ فلا ينافى الفرعية تأمل(وقد سلم المشترى للموكل) أى والحال أنه قد سلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن . والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولأن الحقوق) دليل آخر (لما كانت إليه) أى لما كانت راجعة إلى الوكيل (وقد علمه الموكل)أى علم رجوعها إليه (فيكون) أى الموكل(راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل . وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل ،والأمر ثابت هنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم أنه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة (فإن هلك المبيع فى يده) أى فى يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل، هذا لفظ القدورى : يعنى أن هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه إياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لأن يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه) أى الوكيل(يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل ، فالهلاك فى يد الوكيل

قال(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية : أى صار الوكيل كالبائع من المشترى لثبوت أماراتها ، فإنهما إذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان ، وإذا وجد الموكل عيبا بالمشترى يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة . فإن قيل : ماذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه ؟ قلنا : الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع فى كونه دليلا ، وإنما الممتنع كونه علة لأصله ، وإذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم له المشترى من جهته يرجع عليه (قوله ولأن الحقوق)

(قوله وإلا لكان افتراق الخ) أقول: فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله ، إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشترى) أقول : الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل .

(وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل . وقال زفر : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس . قلنا : هذا لا يمكن التحرز عنه ؛

كالهلاك فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أى للوكيل (أن يحبسه) أى يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع ، كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط . قال فى الذخيرة : لم يذكر محمد فى شىء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وساعمه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدراهم منه . وحكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى أن له ذلك ، وأنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لأجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل ، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى . وقال صاحب غاية البيان : قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة ، وكيف خفى عليه هذا . وقد صرح محمد فى الأصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال : وإذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة ، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء ، إلى هنا لفظ محمد فى الأصل انتهى . قال المصنف (لما بينا أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا للوكيل ، وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولا (وقال زفر : ليس له ذلك) أى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لأن الموكل صار قابضا بيده) أى بيد الوكيل : يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكأنه سلمه إليه) أى فكأن الوكيل سلم المبيع إلى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما ، فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس ، وكذا إذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه : مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل . ومدار الآخر منع ذلك . فأشار إلى الأول بقوله (هذا) أى هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس مالم يقبض ، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس ، لأن سقوط

دليل آخر . وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل ، والإذن ثابت هاهنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة . وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل ، فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يبطل الرجوع . وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ؛ وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن ، وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا . وقال زفر رحمه الله : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كأنه سلمه إليه . والحبس فى السلم غير متصور ، وإنما فى ذلك طريقان : أحدهما أن يقال التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضى الرضا ، وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض ، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس . والثانى أن يقال إن قبض الوكيل فى الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حقه ، وإنما يتبين أحدهما بحبسه فكان الآمر فيه موقوفا فى الابتداء ، إن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل ، وإن حبسه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه ، فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن . عند أبى يوسف يعتبر الأقل من

(قوله وتحقيقه أن التبرع ، إلى قوله : هاهنا دلالة) أقول : الأظهر تبديل الآذن بالآمر ؛ ألا يرى إلى قوله آمرا به (قوله والحبس فى السلم غير متصور) أقول : يعنى غير متصور شرعا (قوله لأن المبادلة تقتضى الرضا إلخ) أقول : فيه تأمل (قوله والثانى أن يقال إلخ) أقول : جواب بمنع قوله لأن الموكل صار قابضا بيده كما أن الأول جواب بعد تسليمه .

فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله ، وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق . لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ،

حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه ، وإذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس) وأشار إلى الطريق الثانى بقوله (على أن قبضه موقوف) يعنى على أنا لانسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف : أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حق نفسه ، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى إن لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له ، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فإن حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف) يعنى يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان أو كثيرا ، وهذا الذى ذكره القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك ، ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى : ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة مثل قول محمد ، فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبى حنيفة) ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما إذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعنى يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت . قال فى العناية : فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إذا كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكر فى أكثر الشروح . وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية ، وهو الظاهر عندى على قول زفر تأمل تقف (لأنه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل ، وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) إذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع . واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا فى العناية . أقول : لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا

قيمته ومن الثمن ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة البيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة . وضمان البيع عند محمد وهو قول أبى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا . وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة مابلغت ، ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر . زفر يقول : منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لأبى حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم ، والبائع حبسه إنما هو لاستيفاء الثمن ، فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع . واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة

(قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر) أقول : مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه : وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى. أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا) أقول : الأظهر أن يقال فصار غاصبا .

ولأبى يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وهاهنا لاينفسخ أصل العقد . قلنا : ينفسخ فى حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به . (قال : وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم

لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر ، فإن لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما إذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان فى هذه الصورة كما لايخفى ، وإن جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار فى هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الإسقاط فيها يلزم أن لايتمشى فيها ماذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما إذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتى الحبس وعدم الحبس ، وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل (ولأبى يوسف أنه) أى الهالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) أى بعد أن لم يكن مضمونا لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس ، وكل ماهو كذلك فهو بمعنى الرهن ، أشار إليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعنى هو بمعنى الرهن ، وهذا لإثبات مدعاه ، وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما : يعنى أن المشترى المحبوس هاهنا ليس كالمبيع (لأن البيع ينفسخ بهلاكه) أى بهلاك المبيع (وهاهنا لاينفسخ أصل العقد) يعنى الذى بين الوكيل وبائعه . وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أى العقد (فى حق الموكل والوكيل) وإن لم ينفسخ فى حق البائع والوكيل ومثله لايمتنع (كما إذا رده الموكل بعيب) أى إذا وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده إلى الوكيل (ورضى الوكيل به) فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وإن لم ينفسخ بينه وبين بائعه . قال صاحب غاية البيان : وهذه مغالطة على أبى يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ، فنى الأول ينفسخ البيع وفى الثانى لا ، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لايدل على انفساخه من الأصل إذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وأنه كما ترى فاسد ، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ماذكر من جانب أبى يوسف غلطا أو مغالطة ، وذلك لأن البائع عن الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لايلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما : يعنى غلطا أو مغالطة (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أى إذا كانت عشرة أرطال من ذلك ا للحم يساوى قيمته

(ولأبى يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم ، وصار مضمونا بعد الحبس ، وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع ، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لإثبات مدعاه . وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما : يعنى أن المشترى ليس كالمبيع هاهنا لأن البيع ينفسخ بهلاك المبيع ، وهاهنا لاينفسخ أصل البيع : يعنى الذى بين الوكيل وبائعه . وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ فى حق البائع ، ومثله لايمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشترى فردّه ورضى به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل . قيل : وهذا مغالطة على أبى يوسف ، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ، فنى الأول ينفسخ البيع ، وفى الثانى لا ، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لايدل على انفساخه من الأصل إذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ، وأنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد البائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ماذكر من جانب أبى يوسف غلطا أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لايلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما . قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا

(قوله لنفى قولهما) أقول : يعنى صريحا (قوله يعنى أن المشترى) أقول : أى المشترى المحبوس كما يدل عليه كلام الإتقانى (قوله فرده ورضى به) أقول : يعنى رده على الوكيل (قوله فى يد الوكيل بعد الحبس) أقول : وكذلك لاينفسخ إذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقا

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة ، وقالا : يلزمه العشرون بدرهم) وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف فى الأصل . لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل ،

درهما ، وإنما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أرطال منه لاتساوى درهما نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ، كذا فى الذخيرة وسيأتى فى الكتاب (لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة . وقالا : يلزمه العشرون بدرهم) إلى هنا لفظ القدورى. قال المصنف (وذكر فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ مختصر القدورى (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف فى الأصل) أى فى المبسوط فإنه قال فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه : وإذا وكله أن يشترى له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقى للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى ، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه ، وفى القدر الذى يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر ، إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لأبي يوسف أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعنى أن الوكيل لم يخالف الموكل فيما أمره ، وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شىء سيما إذا زاده خيرا (وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين) حيث جاز ذلك فكذا هذا (ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أى شراء الزيادة (عليه) أى على الوكيل لكونه غير مأمور به (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به .

بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم ، فإما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم ، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة : وقالا : يلزمه العشرون . وذكر فى بعض نسخ القدورى قول محمد مع أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف فى الأصل : أى فى وكالة المبسوط فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه : لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقى للمأمور . لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال ، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع ، وليس على الوكيل من ذلك شىء لا سيما إذا زاد خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه ، وشراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به . وفيه بحث من وجهين : الأول يجب أن لا يلزم الآمر شىء من ذلك لأن العشرة ثبتت ضمنا للعشرين إلا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة ، كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث . والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له . والثانى أنه إذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة . قال أبو حنيفة : لا يجوز البيع فى كل واحد منهما : يعنى لا يلزم الآمر منهما شىء ، والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة . وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين

(قوله ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال الخ) أقول : يعنى لا نسلم أنه أمره بصرف الدراهم إلى اللحم ، فإن الشراء جالب للملك ، فالتوكيل بطلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم إلا أنه ظن أن ذلك المقدار يساوى درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول : لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثانى ممنوع والأول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين الخ) أقول : ويجاب أيضا بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة

. . . .

فإن قيل : ينبغى أن لايلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لأن هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لايجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لايقع عنده الواحدة لثبوتها فى ضمن الثلاث ، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه أيضا تبعا له . قلنا : ذاك مسلّم فى الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لامن الموكل لعدم التوكيل به ، ولا من الوكيل لأن المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل ، وأما هنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد نفاذا لايتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما فى ضمنه وهو العشرة ، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى خير فينفذ على الموكل ، ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن فى الشراء كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين . أقول : الوجه الثانى من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع الخ واضح لاغبار عليه . وأما الوجه الأول منه فشكل لايعقل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء فى المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما فى ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ، ولاشك أن حكم مافى ضمن الشىء يتبع حكم ذلك الشىء دائما ، فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التى فى ضمنه منه أيضا ، فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ، ونفاذ شراء العشرة التى فى ضمنه على الموكل كما لايخفى . فإن قلت : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر فى الذخيرة والتتمة محالا إلى المنتقى ، وهو أنه إذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة . قال أبو حنيفة : لايجوز البيع فى واحد منهما ، وهنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ، ومع ذلك لاينفذ ما اشتراه على الآمر فى شىء منهما فكيف نفذ هاهنا شراء العشرة على الموكل . قلت : يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث أن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات . والأصل فى المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال ، وهى لاتتفاوت فى القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة ، وكلامنا فيه لأن الكلام فيما إذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل : أىّ عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، والثوبان وإن كانا متساويين فى القيمة ، لكن ذلك إنما يعرف بالحزر والظن وذلك لايعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار فى التتمة فقال : لأنى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لاتعرف إلا

بأن فى مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى ، وما هو كذلك لايقع إلا فى ضمن ماتضمنه ، وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذا ما فى ضمنه ، وأما فيما نحن فيه فكل قصدى لأن أجزاء الثمن تتوزّع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن فى الشراء. وعن الثانى صاحب النهاية يجعل اللحم من ذوات الأمثال ، ولا تفاوت فى قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أىّ عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، فالثوبان وإن تساويا فى القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لايعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار فى التتمة فقال : لأنى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لاتعرف إلا بالحزر والظن ، وهذا لايتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط ، وأما عنده غيره فلابد من تعليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض ، بخلاف الثوب فإن فى تطرق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعه ، وأجله كونه حاصلا

داخلة فيه ، بخلاف الطلاق فإنه لاينفذ على الوكيل لعدم الملك ، وولا على الموكل لعدم الأمر ، والموافقة شرط فيه فليتأمل .

بخلاف ما استشهد به ، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ، بخلاف ماإذا اشترى مايساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع ، لأن الآمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر . قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه)

بالحزر والظن ، كذا فى النهاية . قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية : وهذا لايتمشى إلاعلى طريقة من جعل اللحم مثليا ، وأما عند غيره فلابد من تعليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم ، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض ، بخلاف الثوب فإن فى تطرّق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة ، وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خللا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبى يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين (لأن الزيادة هناك) أى فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بغير إذنه ، ولهذا لو قال بع ثوبى هذا على أن ثمنه لك لايصح (فتكون له) أى فتكون الزيادة للموكل . قال صاحب العناية : وردّ بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ . والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لابدل فكان الفرق ظاهرا. والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لايفسد بطول المكث ، بخلاف اللحم ، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف انتهى كلامه. أقول : فى كل واحد من الرد والجواب شيء فتأمل(بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق بأصل المسئلة (حيث يصير) أى يصير الوكيل فى هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالإجماع) لوجود المخالفة (لأن الآمر يتناول السمين ، وهذا) أى ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر)فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له) أى للوكيل(أن يشتريه لنفسه)أى لايجوز ، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أوصرح به لشراء لنفسه بأن قال اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسى ، هذا إذا كان الموكل غائبا ، فإن كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه .كذا فى الشروح نقلا عن التتمة.ووضع المسئلة فى العبد فى الذخيرة ثم قال : وإنما كان كذلك لأن العبد إذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه ، فمتى أتى به على موافقة

بصنع العباد محل السهو والنسيان فلايلزم تحمله من تحمل ماهو أقل خللا(قوله بخلاف ما استشهد به)جواب عن تمثيل أبى يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له . وردّ بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ. والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لابدل فكان الفرق ظاهرا.والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لايفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف . وإن كان الثانى كان المشترى للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة ، لأن الآمر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر . قال(ولو وكله بشراء شيء بعينه الخ)ولو وكله بشراء شيء بعينه لايصح له أن يشتريه بنفسه لأنه يؤدى إلى تغرير المسلم لأنه اعتمد عليه وذلك لايجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لايملك ذلك بغيبة الموكل على ماقيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود، فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لابدل فكان الفرق ظاهرا) أقول : ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان ، وذلك هو الأصل لأن العدد حاصل فى مدلوله على ماعرف فى الأصول،وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة .وفى صورة الوكيل ببيع العبد معلوم إن ذكر العدد لمنع النقصان فقط ، إذ لا يأبى أحد من زيادة فى ماله ، وفى صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الأصل ، إذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفى فى مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول : مخصوص بمثل اللحم مما يسرع إليه الفساد ، ولا يعم ماليس كذلك من المثليات ، ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلا فإنه يكون للموكل أيضا .

لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل إلا بمحضر من الموكل،

الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو . قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لأنه)أى لأن الشراء لنفسه(يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لايجوز (ولأن فيه)أى فى اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة(ولا يملكه على ماقيل إلا بمحضر من الموكل)لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا فى العناية وغاية البيان.أقول : يرد عليه أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة: منها حضور صاحبه،ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه،ومنها إرسال الرسول إليه وتبليغه الرسالة إياه ، ومنها إخبار واحد عدل أواثنين غير عدلين بالإجماع وإخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله،وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع .فاشتراط علم الآخر فى صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لايقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل،لأن انتفاء سبب واحد لايستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب ، اللهم إلا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا،لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا ، ويحتمل أن يكون السر فى إقحام المصنف قوله على ماقيل الإيماء إلى ذلك فتأمل . واعلم أن صاحب البدائع قال فى بيان هذه المسئلة : الوكيل بشراء شىء بعينه لايملك أن يشتريه لنفسه ، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة ، وهو لايملك ذلك إلا بمحضر من الموكل ، كما لايملك الموكل عزله إلا بمحضر منه على مانذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى . ثم قال فى موضعه وهو فصل مايخرج به الوكيل عن الوكالة أن الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء : منها عزل الموكل إياه ونهيه بأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى . ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل بأن العزل فسخ فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل ، وكذا لو كان غائبا فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب ، وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال : إن فلانا أرسلنى إليك يقول إنى عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن يبلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا ، لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان ، وإن لم يكتب كتابا ولا أرسل إليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر ، لأن خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات ، وإن لم يكن عدلا فخبر العدد أوالعدل أولى . وإن أخبره واحد غير عدل ، فإن صدقه ينعزل بالإجماع ، وإن كذبه لاينعزل، وإن ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة . وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه إلى هنا كلامه . أقول : لايذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا ، فإن ماذكره فى فصل مايخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه أو عزله بغيبته منه، ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على مافصله ، وما ذكره أولا من قوله كما لايملك الموكل عزله إلا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل فى صورة إن عزله بمحضر منه كما ترى . والعجب أنه أحال الأول على الثانى بقوله على مانذكره فى موضعه . قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع

إلا إذا باشر على وجه المخالفة فلابد من بيان مايحصل به المخالفة، فإذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا فاشترى وهو غائب يثبت الملك فى هذه الوجوه للوكيل لأنه خالف الآمر فينفذ عليه.أما إذا اشترى بخلاف جنس ماسمى فظاهر،وكذا إذا اشترى بغير النقود لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه،وكذا إذا وكل وكيلا لأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته.قيل: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع عن الوكيل لاعن الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به . وأجيب بأن النكاح الموكل

(قال المصنف : ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول : وما سيجىء من أن العزل الحكمى لايتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه ، إذ المراد هناك أن العزل الحكمى من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل (قوله لأن المتعارف نقد البلد) أقول : والمعروف عرفا كالمشروط شرطا .

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول فى هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه . ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا .

على الوكيل لاعلى الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به . وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل ، فإن الوكيل بالنكاح لابد أن يضيف النكاح إلى موكله فيقول زوّجتك لفلان ، والموجود فيما إذا نكحها من نفسه ليس بمضاف إلى الموكل ، فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوّجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل ؛ بخلاف التوكيل بشراء شىء بعينه فإن الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف إلى الموكل ، فإذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بأن سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثانى) أى فاشترى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الأول غائب (يثبت الملك للوكيل الأول فى هذه الوجوه) أى فى هذه الوجوه الثلاثة التى ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى : يعنى إنما لايكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شىء بعينه فاشتراه لنفسه إذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة : أما إذا وجد فيكون الشراء للوكيل الأول (لأنه) أى الوكيل الأول (خالف أمر الآمر) وهو الموكل . أما إذا اشترى بخلاف جنس ماسمى فظاهر ، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه ، وأما إذا وكل وكيلا بشرائه فلأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الأول (ولو اشترى الثانى) أى الوكيل الثانى (بحضرة الوكيل الأول نفذ) أى الشراء (على الموكل الأول لأنه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الأول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الأول مخالفا لأمر آمره ، وذلك لأنه إذا كان حاضرا يصير كأنه هو المباشر للعقد ؛ ألا يرى أن الأب إذا زوّج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كأنها هى التى باشرت العقد وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين ، كذا فى المبسوط . قيل : ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فأجازه يجوز ، وبين الوكيل بالطلاق والعتاق؟ فإنه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثانى لايقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول ، والرواية فى التتمة والذخيرة . وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر ، لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى ، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل ، فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الآمر لابشىء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل فى شىء فلم يملكه الوكيل . وأما فى البيع والشراء وغيرهما فالعمل

به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه ، فإن الإنكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل ، وإذا عرف مابه المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسم أو إذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لأنه إذا حضره رأيه لم يكن مخالفا . قيل : ماالفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق ، فإن الوكيل الثانى إذا طلق أو أعتق بحضرة الأول لايقع ، والرواية فى الذخيرة والتتمة . وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى ، ولاحاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلناها مجازا للرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لابشىء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل فى شىء فلم يملكه الوكيل . وأما فى البيع والشراء وغيرهما فإن العمل بحقيقة الوكالة

قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه : فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) قال : هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا ، وهذا بالإجماع وهو مطلق .

بحقيقة الوكالة ممكن لأنها مما يحتاج فيه إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) إلى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف) أى الوكيل (العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر) هذا هو الوجه الأول من وجوه هذه المسئلة . وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل هو الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه (لأن فيه) أى لأن فى النقد من مال الموكل (تفصيلا) فإنه بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فإنه إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل ، وعلى قول أبى يوسف يحكم النقد على ماسيجىء (وهذا بالإجماع) أى لو أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له بالإجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق لاتفصيل فيه فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل ، كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لأن فيه تفصيلا ، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن كان من دراهم الوكيل كان الشراء له ، وليس بصحيح لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لايخفى ، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لاوقوعه فى النقد المطلق ، إذ لامساس له بكلام القدورى ، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال . ثم إن صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد إخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة : وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن نواه للموكل لامعتبر بالنقد انتهى . فإن قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد هاهنا ، لأنه إذا لم ينو لنفسه ، فإن نوى للموكل لايعتبر النقد أصلا كما صرح به ، فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن لم ينو للموكل أيضا كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبى يوسف رحمه الله فقط ، إذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجىء ، فكان ما ذكره صاحب العناية مناسبا لشرح قول المصنف وخلافا لشرح قوله تفصيلا . وأيضا أنه بعد ماصرح أن التفصيل إنما هو فى النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير فى النقد المطلق بأن قال إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له . والحاصل أن الركاكة فى تقرير صاحب العناية أفحش . وأقول : الحق فى هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل فى قوله لأن فيه تفصيلا وخلافا صورتى التكاذب والتوافق ، وبالخلاف الخلاف الواقع فى صورتى التوافق ؛ فالمعنى أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا ، فإنه إذا نقد من ماله فإذا تكاذبا فى النية يحكم النقد

ممكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته . قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) إذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل . وقوله وهذا يحتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل ، وأن تكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف ، وذلك لأن هذه المسئلة على وجوه ؛ لأنه إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلقة ، فإن كان الأول كان للآمر حملا لحال الوكيل على مايحل له شرعا ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة

بالإجماع ؛ وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا ، وخلافا فإنه إذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لأحدهما ، فعند محمد هو للعاقد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد ، بخلاف الإضافة إلى دراهم الآمر فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها ، فكان حمل كلام القدورى عليها أولى . ثم أقول : بقى لنا بحث فيما ذهب إليه المصنف هاهنا ، وهو أن فيه إخلالا بأصل المسئلة ، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكاذبا فى النية لاتكون داخلة حينئذ فى شىء من قسمى الاستثناء المذكور فى كلام القدورى ، فيلزم أن يكون العقد فى تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقى فى الكلام بعد الاستثناء مع أنه يحكم النقد فيها بالإجماع ، ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا ، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لاتكون داخلة أيضا حينئذ فى شىء من قسمى الاستثناء المذكور ، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع أن فيها خلافا كما سيأتى ، فيلزم حمل كلام القدورى على مافيه الخلاف ولم يقبله المصنف . وبالجملة قد هرب المصنف فى حل كلام القدورى هاهنا عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها فما الفائدة فيه ؟ ولعل صاحب الكافى تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء فى وضع المسئلة فقال : ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله ، وقال : فهذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل إلى آخره (وإن أضافه إلى دراهم نفسه) أى إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه (كان) أى العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثانى من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أى حال الوكيل (على مايحل له شرعا) تعليل لقوله إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر : يعنى أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغى أن يقع للآمر ، لأنه لو لم يقع للآمر لكان واقعا للوكيل ، فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر ، وهو لايحل شرعا . كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح . أقول : فيه نظر ، لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الآمر، وأما إذا أضاف إلى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا . وجواب مسئلة الإضافة إلى دراهم الآمر متحد فى الصورتين نص عليه فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه : يعنى أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافا إلى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد هاهنا إلى دراهم نفسه وقع له حملا لأمره على وفق العادة فى النهاية وعليه العامة . قال تاج الشريعة بعد أن جرى فى شرح كلام المصنف هاهنا على الطريقة المذكورة : وهى توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ، ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الأولى ، والحكم فى المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة ، لأنه كما لايحل له أن يشترى لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه . وأما العادة

شرعا وعرفا لكونه غصبا للدراهم الآمر ، وإن كان الثانى كان للمأمور حملا لفعله على مايفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ، ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة . دليلا على الوجه الأول، والثانى يعلم بالدلالة ، فإنه كما لايحل له أن يشترى لنفسه ويضيف العقد إلى غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة ، والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثانى فلا امتناع فيه شرعا ، وإن كان الثالث

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول : قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وإنما يكون غصبا إذا نقد وليس بلازم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول : قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول : حتى لايلزم الفصل بكلام أجنبى هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على مايحل له شرعا وتعليله وهو قوله إذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف الثمن إلى غيره الخ)أقول : الأظهر فى العبارة ويضيف إلى دراهم غيره (قوله والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثانى) أقول : فيكون الأول صوابا .

إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا . وإن أضافه إلى دراهم مطلقة . فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله: هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبى يوسف رحمه الله: يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين

فجارية على أنه لايشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه ، وكذا على العكس انتهى . وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة : ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، والثانى يعلم بالدلالة ، فإنه كما لايحل له أن يشترى لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له أن يشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة . ثم قال : والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثانى فلا امتناع فيه شرعا انتهى . أقول : إن قول المصنف (إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادى بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الأول كما لايخفى على ذى فطرة سليمة ، فالأولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، ويكتفى فى العلم بالوجه الثانى بدلالة شقه الثانى : أعنى قوله أو يفعله عادة على ذلك . والإنصاف أن فى تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ، ولهذا تحير الشراح فى حله الوافى وشرحه الكافى (وإن أضافه) أى العقد (إلى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة ، وفيه تفصيل أشار إليه بقوله (فإن نواها) أى الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أى العقد (للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه) أى فالعقد لنفسه (لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل) أى فى التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة . أقول : لقائل أن يقول : إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغى أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذى ذكروه فيما إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر . فإن قلت : الغصب فى صورة الإضافة إلى دراهم الآمر فى ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه ، وأما فى الصورة المذكورة فهى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان . قلت : الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة ، ولا شك أن هذا لايتحقق فى نفس الإضافة إلى دراهم الآمر بل يتحقق فى النقد من دراهمه فهو لم يوجد فى ضمن نفس العقد فى شىء من الصورتين المذكورتين ، بل إنما وجد فى النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فى تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وإن تكاذبا) أى الوكيل والموكل (فى النية) فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى (يحكم النقد بالإجماع)) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لأنه) أى النقد (دلالة ظاهرة على ماذكرناه) من حمل حاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة (وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبى يوسف ومحمد (قال محمد : هو) أى العقد (للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعنى أن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه (إلا إذا ثبت جعله) أى جعل العمل (لغيره) بالإضافة إلى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أى والفرض أنه لم يثبت (وعند أبى يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا) أى من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون

فأما إن نواها للآمر فهى له ، أو لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره فى هذا التوكيل لأنه توكيل لشىء بغير عينه وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى حكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه دلالة

(قال المصنف : لأنه دلالة ظاهرة على ماذكرناه) أقول : قوله على ماذكرناه حال لاصلة الدلالة ، وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف : وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول : هاهنا احتمالان آخران ، أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرنى النية فقال الموكل بل نويت لى ، والثانى عكس هذا (قال المصنف : قال محمد هو للعاقد) أقول : لابد لمحمد من فرق بين صورتى التكاذب والتصادق وهو ظاهر فإن النية متقدمة على الأصالة ، ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه .

فيبقى موقوفا ، فمن أىّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر ، وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب .

لنفسه (فيبقى موقوفا ، فمن أىّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولأن مع تصادقهما) على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بأن نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أى فى تحكيم النقد (حمل حاله) أى حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر (كما فى حالة التكاذب) بقى الكلام فى هذه المسئلة وهو أن الإضافة إلى أىّ نقد كان ينبغى أن لاتفيد شيئا لأن النقود لاتتعين بالتعيين . وأجيب عن ذلك بأنا لانقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين ، وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجىء من أن النقود تتعين فى الوكالات ؛ ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة ، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة ، كذا فى العناية وعليه جمهور الشراح ، ومأخذهم المبسوط . أقول : فى الجواب بحث وهو أن النقود لاتتعين فى الوكالات قبل التسليم بالإجماع ، وكذا بعده عند عامة المشايخ ، وإنما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبى حنيفة رحمه الله ، صرّح به فى عامة المعتبرات ، وسيظهر لك فيما سيجىء عن قريب . وجواب مسئلة الإضافة إلى دراهم الآمر وإلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الإضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبى حنيفة بل هو مطلق ، وبالإجماع كما تقرر فيما مرّ فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه ؟ وكأن الإمام الزيلعى تنبه لهذا حيث قال فى شرح الكنز فى تعليل مسئلة الإضافة إلى ثمن معين : لأن الثمن وإن كان لايتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به ، وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لايطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى . لكنه لم يأت أيضا بما يشفى الغليل هاهنا كما ترى . ثم أقول : الأولى فى الجواب أن يقال : ليس العلة فى كون العقد لمن أضافه إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا ، فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين فى مسئلتنا هذه ، وقد أشار إليه صاحب الكافى حيث قال : والدراهم وإن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لايضيف شراء الشىء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر

ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد : هو للعاقد لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية له والفرض عدمه . وقال أبو يوسف : يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ، أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا ، فمن أىّ المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما يحتمل أنه كان نوى للآمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعنى تحكيم النقد (حمل حاله على الصلاح) لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما فى حالة التكاذب . وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يقع للوكيل أو يحكم النقد ، وفى الإضافة إلى مال الموكل يقع له بالإجماع وهو مطلق لاتفصيل فيه فكان حمل كلام القدورى أو يشتريه بمال الموكل على الإضافة أولى ، ولهذا قال المصنف : وهو المراد عندى . بقى الكلام فى أن الإضافة إلى أىّ نقد كان ؟ ينبغى أن لاتفيد شيئا لأن النقود لاتتعين بالتعيين ؟ وأجيب عن ذلك بأنا لانقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين ، وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجىء من أنها تتعين فى الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة ، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة

(قوله لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول : أى للوكيل (قوله وخلافا فيما إذا تصادقا) أقول : معطوف على قوله تفصيلا إذا اشترى الخ (قوله وأجيب عن ذلك بأنا لانقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين) أقول : بحيث تكون هى مستحقة البتة (قوله وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجىء من أنها تتعين فى الوكالات) أقول : ولا يلزم من تعينها فى الوكالة تعينها فى الشراء (قوله وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول : الأظهر أن يقال وإذا تقيدت بها فإذا أضاف الشراء إليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر .

والتوكيل بالإسلام فى الطعام على هذه الوجوه . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر ، فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور) لأن فى الوجه الأول أخبر عما لايملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر .

شرعا وعرفا انتهى . قال المصنف (والتوكيل بالإسلام فى الطعام على هذه الوجوه) المذكورة فى التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا ؛ وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا : فإنهم قالوا فى مسئلة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعا ولا يحكم النقد . وإنما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلة التوكيل بالإسلام وهم فرّقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بأن للنقد أثرا فى تنفيذ السلم ، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد ، وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الأصل . كذا فى الشروح . وفرّق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدا لنفسه فإن الحج عبادة والعبادات لاتتأدى إلا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط . وأما فى المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا فى باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال) أى المأمور (قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر ، فإن كان) أى الآمر (دفع إليه) أى إلى المأمور (الألف فالقول قول المأمور لأن فى الوجه الأول) وهو ما إذا لم يكن الثمن منقودا إلى المأمور (أخبر) أى المأمور (عما لايملك استئنافه) أى استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لايقدر على استئنافه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه ، والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لإرادة الرجوع على الآمر (وهو) أى الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لايملك استئنافه ، معناه لايملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف ، والضمير المرفوع

(قوله والتوكيل بالإسلام على هذه الوجوه) إنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا ، فإنهم قالوا فى مسئلة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعا ولايحكم النقد ، وإنما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى مسئلة التوكيل بالإسلام ، وهذا القائل فرّق بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبى يوسف بأن للنقد أثرا فى تنفيذ السلم ، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الأصل . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل ، فإما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أوغيره ، والأول سيجىء ، والثانى إما أن يكون العبد ميتا عند الاختلاف أو حيا . وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون الثمن منقودا أو غيره ، فإن كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لأن المأمور أخبر عما لايملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر ، فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لايقدر على استئنافه ، لأن العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد ، فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لإرادة الرجوع على الموكل وهومنكر فالقول قوله ، فقوله (لايملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف ، وقوله (وهو) راجع

(قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول : أنت خبير بأن نفى قول ذلك البعض إنما يحصل ببيان الخلاف فى مسألة الشراء فى صورة التصادق أنه لم تحضره النية ، إلا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفى حيث جعل مسئلة الشراء مشبها بها فليتأمل (قال المصنف : أخبر عما لايملك استئنافه) أقول : قال صدر الشريعة : أخبر بأمر لايملك استئنافه انتهى بدل عن الباء وهو الأولى (قال المصنف : وهو الرجوع بالثمن) أقول : أى الإخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسنادا مجازيا أوراجع إلى مالايملك ، والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعنى العقد أو يقدر المضاف فى قوله استئنافه : أى استئناف سببه (قوله لأن المأمور أخبرعما لايملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول : الأظهر إرجاع ضمير هو إلى الإخبار المذكور فى ضمن أخبر ، وجعل إسناد الرجوع إليه من قبيل الإسناد المجازى فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز فى جعل الرجوع عبرا عنه هكذا قيل ، وأنت خبير بأن ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لايلزم الخ .

وفى الوجه الثانى هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله . ولو كان العبد حيا حين اختلفا ، إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم فى الإخبار عنه. وعن أبى حنيفة رحمه الله : القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن فى يده هاهنا ،

فى قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى «ما» فى «عما لا يملك استئنافه» ، وهذا هو الوجه الأحسن فى حل عبارة المصنف هنا، وإليه ذهب صاحب العناية . وقيل : إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر ، فترك الواسطة وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وإرادة للسبب ، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر ، وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح . قال فى الكفاية بعد ذكر هذا : وفى بعض النسخ لا يملك استئنافه ، وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر ، وهذا ظاهر انتهى (وفى الوجه الثانى) وهو ما إذا كان الثمن منقودا إلى المأمور (هو) أى المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : علل فى الهداية فيما إذا لم يدفع الآمر الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه ، وفيما إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة . أقول : كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق ، بل لا بد من انضمام أمر آخر ، وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعى الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر ، وفيما إذا دفع الثمن يدعى الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته . أما الأول فلأن كون المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر ، والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض للوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا ، وقد لبس هذا القائل فى تعليله حيث ذكر أول التعليل الأول وترك آخره الفارق بين الصورتين . والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو فى معنى ما تركه . وأما الثانى فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل فى الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها إنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى (ولو كان العبد حيا حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك ، وقال الآمر بل اشتريته لنفسك (إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين) يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مرّ (وإن لم يكن) أى الثمن (منقودا فكذلك) أى فالقول للمأمور أيضا (عند أبى يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء) للآمر إذ العبد حى والحىّ محل للشراء فيملك أن يشتريه فى الحال لأجل الآمر (فلا يتهم فى الإخبار عنه) أى عن الشراء لأجل الآمر . فإن قيل : إن وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل . كذا فى الشروح (وعند أبى حنيفة القول قول الآمر ، لأنه) أى لأن الإخبار عن الشراء لأجل الآمر (موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه) أى بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه (فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أى أراد أن يلزمها الآمر (بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا ، لأنه) أى الوكيل (أمين فيه) أى فى هذا الثمن أو فى هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أى للخروج عن عهدة الأمانة ، وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن فى يده هاهنا) أى لا ثمن فى يد الوكيل فيما إذا كان العبد حيا

إلى «ما» فى «عما» ، وإن كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ، وإن كان حيا حين اختلفا ، فإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبى يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم فى الإخبار عنه . فإن قيل : إن وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور . ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل . وعند أبى حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك : أى للخروج من عهدة الأمانة (ولا ثمن فى يده هاهنا) يعنى فيما نحن فيه حتى يكون

وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حيّ فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخبرعما يملك استئنافه ، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لايملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته على مامر ، بخلاف غير المعين على ماذكرناه لأبى حنيفة رحمه الله .

والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الأمانة فافترقا (وإن كان أمره بشراء عبد بعينه) يعنى إن كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حيّ) أى والحال أن العبد حى (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالإجماع) أى هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالإجماع بين أئمتنا الثلاثة (لأنه) أى المأمور (أخبر عما يملك استئنافه فى الحال ولا تهمة فيه) أى فى إخباره عن ذلك (لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لايملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الموكل ، قيد به ، إذ فى حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته (على ما مرّ) أشار به إلى قوله ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل إلا بمحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أى بخلاف ما إذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا (على ماذكرناه لأبى حنيفة) يعنى ما ذكره فيما مر آنفا من جانب أبى حنيفة وهو قوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر . أقول : لقائل أن يقول : التهمة متحققة فى صورة المعين أيضا بأن اشتراه لنفسه لكن لاعلى وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له ، كأن اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثانى بغيبة الأول ، ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه فإنه لايملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر . وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على ما مر فى محله ، فما الدافع لهذه التهمة على قول أبى حنيفة ؟ ثم أقول فى الجواب عنه : إن

الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الأمانة (وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو لا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله . أما عندهما فلأنه يملك استئنافه ، وأما عند أبى حنيفة فلأنه لاتهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لايملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبة الموكل على مامر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لايملكه حال غيبته ، بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له ، بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب أبى حنيفة ، وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير منقود فالقول للآمر .

(قوله وإن كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول : هذا هو الموعود بقوله والأول سيجيء (قوله وأما عند أبى حنيفة فلأنه لاتهمة فيه الخ) أقول : أشار بتوزيع التوكيل إلى دفع مايعترض به هنا من أن الأصل فى الدلالة الاطراد ، وهذا لايطرد على أصل أبى حنيفة فإن الأب إذا أقر على الصغير أوالصغيرة بالنكاح لم يصح إلا ببينة عند أبى حنيفة ، وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولى العبد إذا أقر بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه ، مع أن المقر يملك استئناف العقد . قال الإتقانى فى جوابه : لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يملك الإقرار لأنه لم يملك الإنشاء بلا شهود انتهى . وفى قوله لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث ، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا . ثم قال الإتقانى : وقول بعض الشارحين إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لاتهمة فيه وقع على قول أبى حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لأبى حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولاتهمة فيه وحده انتهى. وأقول : إن لم يوجد فى مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضا ، وإن وجدت فلا حاجة لدفع السؤال إلى التوزيع (قوله لأن التوكيل بشراء شيء بعينه لايملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبة الموكل) أقول : لم لايجوز أن يشترى الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق (قوله وإن كان غير منقود فالقول للآمر) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغى أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما إذا كان حيا فليتأمل ، فإن الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتنى ، إلا أن الظاهر من حال المسلم أن يفى وعده ولا يغيره ، والقول قول من يتمسك بالظاهر ، والقول بأن الظاهر لايثبت الاستحقاق مشترك الإلزام .

(ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق .

احتمال أن اشتراءه لنفسه شبهة ، وبعد ذلك احتمال أن اشتراءه لنفسه على وجه المخالفة لاعلى وجه الموافقة شبهة شبهة ، وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لاتعتبر ، والتهمة فى صورة غير المعين نفس الشبهة وفى صورة المعين شبهة الشبهة ، فاعتبرت فى الأولى ولم تعتبر فى الثانية . قال صاحب النهاية والكفاية : فإن قيل الولى إذا أقرّ بتزويج الصغيرة لايقبل عند أبى حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح فى الحال . قلنا : قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبى حنيفة فكان فى هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج ، فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبى حنيفة لم يرد الإشكال على قوله . أو نقول : لوكان فى تزويج الصغيرة إخبارعند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا ، فكان ذلك إنشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الإشكال لما أنه إنما لايقبل هناك إقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لأنه لايتصور إنشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لايملك استئنافه فاطرد الجواب عنده فى المسئلتين انتهى كلامهما . وقال صاحب غاية البيان : فإن قلت : الأصل فى الدلائل الاطراد ، وهذا لايطرد على أصل أبى حنيفة لأن الأب إذا أقرّ على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة ، وكذا وكيل الزوج والزوجة ومولى العبد إذا أقرّ بالنكاح لايصح إلا ببينة عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقرّ يملك استئناف العقد ؟ قلت : لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود ، وهذا هو الجواب الثانى . وقول بعض الشارحين : إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبى حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبى حنيفة لاقوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : وفى قوله لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث ، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى . أقول : هذا ساقط جدا لأن مرادهم بالدوران مع التصور الإمكان الشرعى ، وما لم يحضر الشهود لم يمكن إنشاء النكاح شرعا . وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قال : لأنه لايتصور إنشاء شرعا لعدم الشهود . وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال : ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود ، فكون تملك الاستئناف دائرا مع التصور لايقدح أصلا فى قول صاحب الغاية . لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود . ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما صرح به فى الكافى وغيره ، لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه ، وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود . وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين اختلفا أو هالكا . وقد ذكر ستة أوجه منها فى الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقى منها وجهان ، وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ، ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود ، وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال فى تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه : وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لايملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى . أقول : دليل الوجه الأخير منها محل إشكال ، فإن الآمر وإن كان منكرا لاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك . وقد تقرر أن الوكيل بشراء شىء بعينه لايملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغى أن لايكون لإنكار الآمر شراء المأمور حكم فى هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان) أى لأجل فلان (فباعه ثم أنكر) أى المشترى (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) يعنى أن لفلان ولاية أخذه من المشترى ، وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف فى تعليلها (لأن قوله السابق) أى قول المشترى السابق وهو قوله لفلان (إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق) لأن

قال (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان : يعنى لأجله فباعه منه ، فلما طلبه منه

(فإنْ قال فلان لم آمره لم يكن له) لأن الإقرار يرتدّ برده (إلا أن يسلمه المشترى له فيكون بيعاً عنه وعليه العهدة) لأنه صار مشتريا بالتعاطى ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له . ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن ، وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب .

الإقرار بالشيء لايبطل بالإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد فى كتاب الشفعة : لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك . قلنا : اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لايصار إليه بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبى قرينة فى مسئلة الشفعة ، ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لايصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه . كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر فى الشروح (فإن قال فلان لم آمره بذلك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أى لم يكن له على العبد سبيل (لأن الإقرار) أى إقرار المشترى (ارتدّ بردّه) أى برد فلان ، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه (إلا أن يسلمه المشترى له) روى لفظ المشترى بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا ، وقوله له : أى لأجله ويكون المفعول الثانى محذوفا وهو إليه ، فالمعنى : إلا أن يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لأجل فلان إليه . وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ، ويكون الفاعل مضمرا يعود إلى المشترى ، فالمعنى : إلا أن يسلم الفضولى العبد إلى المشترى له وهو فلان . ثم إن هذا الاستثناء من قوله لم يكن له : أى لم يكن لفلان إلا فى صورة التسليم إليه ، وإنما ذكر صورة التسليم إليه لأن فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك ، بل يكون العبد للمشترى لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز ، وهذا عقد جائز نافذ على المشترى . كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أى فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أى وعلى فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن ، كذا فسر شيخ الإسلام البزدوى وفخر الدين قاضيخان ، ويدل عليه قوله (لأنه صار مشتريا بالتعاطى) كما لايخفى (كمن اشترى لغيره) أى كالفضولى الذى اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أى لزم العقد المشترى (ثم سلمه المشترى له)حيث كان بيعا بالتعاطى . قال فخر الإسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير : وثبت بهذا أن بيع التعاطى كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك ، وإن كان أخذا بلا إعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الأموال والخسيس فى بيع التعاطى سواء . وأشار المصنف إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أى دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن وهو) أى البيع بالتعاطى (يتحقق فى النفيس والخسيس) أى نفيس الأموال وخسيسها (لاستتمام التراضى)أى لاستتمام التراضى فى كل واحد منهما (وهو المعتبر فى الباب) أى التراضى

فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فإن لفلان ولاية أخذه ، لأن قوله السابق : يعنى قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه ، والإقرار بالشيء لايبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبى طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك : أى لأجل شفاعتك . قلنا : خلاف الظاهر لايصار إليه بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبى قرينة فى الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وإن قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتدّ بالرد إلا أن يسلمه المشترى له) أى إلا أن يسلمه المشترى له العبد المشترى لأجله إليه ، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشترى لأجله ، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشترى بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها (فيكون بيعا وعليه العهدة) أى على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشتريا بالتعاطى

(قوله إلا أن يسلم المشترى له) أقول : قوله له متعلق بالمشترى أى المشترى لأجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشترى لأجله) أقول : الضمير فى قوله لأجله راجع إلى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول :قال الإتقانى

قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لأن التوكيل مطلق ، وقد لايتفق الجمع بينهما فى البيع (إلا فيما لايتغابن الناس فيه) لأنه توكيل بالشراء ، وهذا كله بالإجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء ، فعند أبى حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز ، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة ،

هو المعتبر فى باب البيع لقوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض - فلما وجد التراضى فى النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطى فيهما خلافا لما يقوله الكرخى إن البيع بالتعاطى لاينعقد إلا فى الأشياء الخسيسة ، وقد مرّ ذلك فى أول كتاب البيوع (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) يعنى أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجرى على إطلاقه (وقد لايتفق الجمع بينهما) أى بين العبدين (فى البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (إلا فيما لايتغابن الناس فيه) استثناء من قوله جاز : أى جاز اشتراء أحدهما إلا فيما لايتغابن الناس فيه فإنه لايجوز فيه (لأنه) أى لأن التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لايتحمل الغبن الفاحش بالإجماع ، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالإجماع) أى ماذكر فى هذه المسئلة كله بالإجماع ، وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما ، وقد سمى له ثمنا وهى المسئلة الثانية (ولو أمره بأن يشتريهما بألف) أى لو أمر رجلا بأن يشترى العبدين بألف (وقيمتهما سواء) أى والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبى حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أى جاز الشراء ويقع عن الموكل (وإن اشترى بأكثر) قلّت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الآمر) بل يقع عن الوكيل (لأنه) أى الآمر (قابل الألف بهما) أى بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) أى الألف (بينهما نصفين دلالة) أى من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح

كالفضولى إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى لأجله . ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع . قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما الخ) ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما (ولم يسمّ ثمنا فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (فقد لايتفق الجمع بينهما فى البيع) أى الشراء (إلا فيما لايتغابن) استثناء من قوله جاز : أى جاز شراء أحدهما إلا فيما لايتغابن الناس فيه ، فإنه لايجوز لأنه توكيل بالشراء وهو لايتحمل الغبن الفاحش بالإجماع ، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع بغبن فاحش . ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء . فعند أبى حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل جاز ، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء ، وكل ماكان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الأمر بذلك دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ، ثم الشراء بذلك موافقة وبأقل منهما مخالفة إلى خير ، وبالزيادة مخالفة إلى شرّ قليلة كانت أو كثيرة ، فلا يجوز إلا أن يشترى الباقى ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا . والقياس أن لايلزم الآمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسمائة ، وإن قلّت الزيادة واشترى الباقى بما بقى من الألف قبل الاختصام

والكاكى فى شرحيهما : والمشترى بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وإن كان للفتح وجه على معنى إلا أن يسلم المشترى العبد إلى المشترى له انتهى . وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للأولوية على ماصرح به النحاة (قوله لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع) أقول : أى هو شرط وسماه ركنا مجازا (قال المصنف : ومن أمر رجلا بأن يشترى له عبدين بأعيانهما) أقول : من قبيل قوله تعالى - فقد صغت قلوبكما - فإن صيغة الجمع استعملت فى المثنى مجازا (قال المصنف : فاشترى أحدهما جاز) أقول : أى بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع أى الشراء) أقول : لاحاجة إلى إخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء ، بل يجوز إبقاء البيع فى كلام المصنف على حاله كما لايخفى .

فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أوكثرت فلايجوز (إلا أن يشترى الباقى ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا) لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الألف مايشترى بمثله الباقى جاز) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لابد أن يبقى من الألف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر .

(فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ، ثم الشراء بها) أى بخمسمائة (موافقة) لأمر الآمر (وبأقل منها) أى بالشراء بأقل من خمسمائة (مخالفة إلى خير) فيجوز (وبالزيادة إلى شر) أى الشراء بالزيادة مخالفة إلى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير : احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لايتغابن الناس فى مثلها . وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا فى الذى يتغابن الناس فى مثله إنه يلزم الآمر ، فإذا حملت على هذا الوجه لايكون فى المسئلة اختلاف ، واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف فى قول أبى حنيفة إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لايجوز على الآمر ، وفى قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه . وقال شيخ الإسلام : إن بعض مشايخنا قالوا : ليس فى المسئلة اختلاف فى الحقيقة ، فإن قول أبى حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لايتغابن الناس فى مثلها ، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فى مثلها يجوز عندهم جميعا لأنه لاتسمية فى حق هذا الواحد ، فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله جاز كذا هاهنا . ثم قال : والظاهر أن المسئلة على الاختلاف ، فإنه أطلق الجواب على قول أبى حنيفة وفصله على قولهما انتهى . والمصنف اختار ما ذهب إليه شيخ الإسلام حيث قال : وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (إلا أن يشترى الباقى ببقية الألف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر (استحسانا) قيد به لأن جواب القياس أن لايلزم الآمر لثبوت المخالفة ، وبه أخذ مالك والشافعى وأحمد . وجه الاستحسان ماذكره بقوله (لأن شراء الأول قائم) يعنى أن شراء العبد الأول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح به) أى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الأول الذى صرح به (وهو تحصيل العبدين بألف وما ثبت الانقسام) أى لم يثبت (إلا دلالة والصريح يفوقها) أى يفوق الدلالة : يعنى أن الانقسام بالسوية إنما كان ثابتا بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى) أى والحال أنه قد بقى (من الألف مايشترى بمثله الباقى جاز) ولزم الآمر (لأن التوكيل مطلق) أى غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أى المتعارف (فيما قلنا) أى فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لابد أن يبقى من الألف باقية يشترى بمثلها الباقى) من العبدين (ليمكنه) أى ليمكن المأمور (تحصيل غرض الآمر) وهو تملك

لثبوت المخالفة . ووجه الاستحسان أن شراء الأول قائم ، فإذا اشترى الباقى حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الألف مايشترى بمثله الباقى جاز لأن التوكيل وإن حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس ، لكن لابد أن يبقى من الألف مايشترى به الباقى لتحصيل غرض الآمر

(قال المصنف : لأن شراء الأول قائم) أقول : فى الكافى : فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لايتوقف فكيف يكون كله للموكل ؟ قلنا : العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بألف ، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها الصريح ، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى . فلا تعتبر مخالفة الدلالة إذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين (قوله لأن التوكيل ، إلى قوله : بالمتعارف) أقول : فى تقريره قصور .

قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز) لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع ؛ ولو عين البائع يجوز على مانذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى ، وإن قبضه الآمر فهو له) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا : هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه . لهما أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا ؛ ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لايبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده .

العبدين معا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فأمره) أى الآخر (بأن يشترى بها) أى بتلك الألف (هذا العبد) يعنى العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور (لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع يجوز على مانذكره إن شاء الله تعالى) يشير إلى ماسيذكره بقوله بخلاف ما إذا عين البائع الخ (وإن أمره أن يشترى بها) أى بالألف التى عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده) أى فمات العبد فى يد المشترى (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى) فالألف عليه (وإن قبضه الآمر فهو) أى العبد (له) أى للآمر (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أى العبد (لازم للآمر إذا قبضه المأمور) سواء قبضه الآمر أو مات فى يد المأمور . قال المصنف (وعلى هذا) أى على هذا التفصيل (إذا أمره) أى إذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أى أو يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعلى الاختلاف . قال الشراح : وإنما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم أن التوكيل فيهما لايجوز لاشتراط القبض فى المجلس . أقول : فيه نظر ، إذ قد سبق فى أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفى ، فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما ، وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم . فالحق عندى أن تخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة مايتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى السلم والصرف أيضا أم لا ، بناء على أن لهما شأنا مخصوصا فى بعض الأحكام ، فقوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل بشراء شىء بغير عينه ، والتوكيل فى الإسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعنى سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا فى الذمة أو عينا غير ثابتة فى الذمة ، ونور ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لايبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل مالايتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الإطلاق) بأن قال بألف ولم يضفه إلى ماعليه (والتقييد) بأن أضافه إلى ما عليه (فيه) أى فى العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر) أى ويلزم العقد الآمر ، وصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين فإنه يجوز

قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه وإن مات قبله عند المأمور ، لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع جاز كما سنذكره ، فكذا إذا عين المبيع بالاتفاق ، وإن أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه ، فإن قبضه الآمر فهو له كذلك ، وإن مات فى يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا الخلاف إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ماعليه ، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعلى الاختلاف ، وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لايجوز لاشتراط القبض فى المجلس (لهما أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كان أو عينا ؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لايبطل العقد)

(قوله وإنما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم الخ) أقول : فيه تأمل .

ولأبى حنيفة رحمه الله أنها تتعين فى الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ،

(ولأبى حنيفة رحمه الله أنها) أى الدراهم والدنانير (تتعين فى الوكالات) قال صاحب النهاية : لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل . وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر فى الذخيرة . وقال : قال محمد فى الزيادات : رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الألف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدراهم والدنانير لايتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين ؟ اختلف المشايخ فيه . بعضهم قال: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان فى الشراء بعد التسليم ، فكذا فيما هو وسيلة إليه ، ولأن يد الوكيل يد أمانة ، والدراهم والدنانير يتعينان فى الأمانات ، وعامتهم على أنها لاتتعين . وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان: أحدهما يوقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة ، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل . والثانى قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل ، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين ، دينا للبائع على الوكيل ، ودينا للوكيل على الموكل ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل مافى النهاية بنوع إجمال : ولقائل أن يقول : فعلى هذا فى كلام المصنف نظر ، لأنه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فلعل اعتماده فى ذلك كان على مانقل عن محمد رحمه الله فى الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى . أقول : ليس السؤال بشىء ولا الجواب . أما الأول فلأن بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة لم يقولوا ماذهبوا إليه من تعين النقود فى الوكالات بعد التسليم إلى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم إياه من أصل أبى حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج فى كثير من المسائل فكان ماذكره المصنف هاهنا من قبيل إثبات قول أبى حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ ، وأمثال هذا أكثر من أن تحصى . وأما الثانى فلأن حاصله أن المصنف أخذ ماذكره هاهنا من مفهوم قول محمد فى الزيادات فلم يسلمها إلى الوكيل . فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك ، فإن لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا ، فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشترى للوكيل عند محمد فيما إذا سلم الموكل الدراهم إلى الوكيل وقال له اشتر لى بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك فى يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبى يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة ، وذكر فى مسئلة الكتاب ، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر ، إذ لايفصل ما فى الكتاب بين ماقبل القبض وما بعده كما مر انتهى . أقول : هو مدفوع بحمل إطلاق ما فى الكتاب على ماهو المقيد فى كلام الثقات ، إذ قد تقرر فى الأصول أن المطلق والمقيد إذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وهاهنا كذلك فتدبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير فى الوكالات (أنه) أى الآمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الآمر أو الوكيل (العين) كذا فى معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل الدين) بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا فى معراج الدراية أيضا ، ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب

وما لايتعين بالتعين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر ، لأن يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين (ولأبى حنيفة رحمه الله أنها تتعين فى الوكالات ، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت) ونقل الناطفى عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل . والمسئلتان تدلان على

. . . . :

لو قيد الوكالة . ونقل الناطفى فى الأجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل . ثم قال : هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة . قال صاحب النهاية : إنما قيد : يعنى المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك . والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضيخان فى السلم من بيوع فتاواه فقال : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشترى بها ثوبا قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فإن الثوب للمشترى لا للآمر ، لأن الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ، ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا ، كالوارث والوصى إذا قضى دين الميت بمال نفسه إنتهى كلامه . أقول : دلالة مانقله عن الإمام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة . غاية الأمر أنه صوّر المسئلة بما إذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ، ولا يلزم منه أن لايكون الحكم كذلك فيما إذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ؛ ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ، ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك . وقال صاحب غاية البيان : قال بعض الشارحين : إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص

أن النقود فى الوكالة تتعين بالتعيين ، لكن المذكورة فى الكتاب لاتفصل بين ماقبل القبض وبعده ، والأخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول فى الكتب . قال فى النهاية : هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل ، وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر فى الذخيرة . وقال : قال محمد رحمه الله فى الزيادات : رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدراهم والدنانير لايتعينان فى الشراء قبل التسليم ، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين ؟ اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : تتعين لما ذكرنا ، وعامتهم على أنها لاتتعين ثم قال : وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة ، وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لأن المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه . ولقائل أن يقول : فعلى هذا فى كلام المصنف نظر ؛ لأنه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فلعل اعتماده فى ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه فى الزيادات من التقييد بعد التسليم . ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك . ورد بأنه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لاتبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم

(قوله قال فى النهاية هذا) أقول : أى التعيين (قوله ثم قال والأصل أن الدراهم الخ) أقول : يعنى قال فى الذخيرة (قوله لأن المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول : فيه نظر ، فإن التوقت عادى لاشرعى فافهم . ثم اعلم أن الضمير فى قوله به راجع إلى التعيين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول : عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لايخفى وفائدة ثالية (قوله على الموكل) أقول : متعلق بقطع ، والظاهر أن يقال عن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول ؛ تأمل فيه (قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول : فيه نظر ، إذ لايفصل ما فى الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر (قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول : حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بأنه مخالف) أقول : الرد للإتقانى إلى آخر قوله بل إنما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول : ويدل عليه ظاهر الفائدة الأولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لاتبطل إذا استهلك الخ) أقول : فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول (قوله لأنه يضمن الدراهم الخ) أقول : بخلاف ما إذا هلك فإنه لايضمن .

وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لايجوز ، كما إذا اشترى بدين على غير المشترى أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط مالى عليك

بالاستهلاك دون الهلاك ، هذا الذى ذكره مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة . فأقول : كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لايتوهم متوهم أن الوكالة لاتبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم كما فى هلاك المبيع قبل التسليم ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به . ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك . وردّ بأنه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لاتبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما انتهى . أقول : هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ، وأنه ليس بسديد ، إذ لم نجد فى نسخ النهاية هنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك ، بل المذكور فيها هاهنا إنما هى مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فإذا تعينت) أى الدراهم والدنانير ، وهذا من تتمة الدليل ، وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات ، وإذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تمليك الدين على الوجه المزبور (لايجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما إذا اشترى بدين على غير المشترى) بأن كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لايجوز ، فكان تقديره كما إذا اشترى المشترى شيئا بدين على غير نفسه ، كذا فى النهاية وعليه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة فى شرح هذا المقام : أى كما إذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى . ووافقه صاحب الغاية حيث قال : يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فإنه لايجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا فيما نحن فيه انتهى . وبين المعنيين تغاير لايخفى (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالايملكه إلا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف ، وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين ، والمعنى : أو يكون التوكيل المذكور أمرا من ربّ الدين للمديون بدفع مالا يملكه ربّ الدين إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك لأن الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدّى المديون إلى البائع أو إلى ربّ الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الإنسان بدفع ما لايملكه باطل (كما إذا قال أعط مالى عليك

فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما (قوله وإذا تعينت) هو تتمة الدليل . وتقريره أنها تتعين فى الوكالات ، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض ، وذلك لايجوز لعدم القدرة على التسليم ، كما إذا اشترى بدين على غير المشترى بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لايجوز لذلك (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك) لأن الديون تقضى بأمثالها ، فكان ما أدى المديون إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المديون ، ولا يملكه الدائن قبل القبض ، والأمر بدفع ماليس يملكه (باطل) وصار (كما إذا قال أعط مالى عليك

(قال المصنف : كما إذا اشترى بدين على غير المشترى) أقول : قال فى النهاية : تقديره كما إذا اشترى المشترى شيئا بدين على غير نفسه انتهى . وقال الإتقانى : يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فإنه لايجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا مانحن فيه وهو ما إذا أمر الوكيل أن يشترى بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى . فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لايخفى .

من شئت ، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المـال لله وهو معلوم .

من شئت) فإنه باطل ، لأنه أمر بصرف مالا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما إذا عين البائع) يعنى بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع ، فإن التوكيل صحيح هناك (لأنه) أى البائع (يصير) أولا (وكيلا عنه) أى عن الموكل (فى القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الإمكان (ثم يتملكه) أى ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين أوّلا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه ، وكذا إذا عين المبيع لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لايصلح وكيلا . قيل: يشكل بما لو آجر حماما بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة فإنه يجوز ، وإن كان هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه لأن الأجير مجهول وتوكيل المجهول لايصح . وأجيب بأن ذاك قولهما ، ولئن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة ، فإن المستأجر لايجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض ، كذا فى الكفاية وغيرها . واعترض بأنه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أوّلا لكونه معينا. وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير ، كذا فى العناية وبعض الشراح . أقول: فى هذا الجواب بحث ، أما أوّلا فلأن البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط أداء الثمن على الغير ، بل يكون أداء الثمن على المشترى بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع . وأما ثانيا فلأن النقود لمـا لم تتعين فى المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلا . وأما ثالثا فلأنه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لمـا كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما إذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله ، ولمـا كان لقول صاحب العناية فى شرح ذلك فإنه لايجوز لذلك معنى ، فإن أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما إذا اشترى بدين على غير المشترى على المعنى الذى ذهب إليه بعض الشراح دون المعنى الذى ذهب إليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لايمكن تخليص كلام صاحب العناية فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الأكثر فتأمل . وأجيب عن الاعتراض المذكور فى بعض الشروح بوجه آخر أيضا ، وهو أن البائع لو صار وكيلا فإنما يصير وكيلا فى ضمن المبايعة ، ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن ، والمبايعة لم تثبت لمـا فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن ، بخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الآمر ، وأنه يسبق الشراء ، وبخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (وبخلاف ما إذا أمره بالتصدّق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب وقد ذكرناه فى سياق دليلهما (لأنه) أى الآمر بالتصدق (جعل المـال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل فى قبض حقه ، كذا فى الكافى وغيره (وهو معلوم) أى الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع فى المسئلة الأولى . وأما مسئلة التصادق فى الشراء بأن لادين له

من شئت) فإنه باطل لأنه أمر بصرف مالا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما إذا عين البائع) يعنى بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للآمر (لأنه يصير)البائع أوّلا (وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه)وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف مالم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أو لالكونه معينا. وأجيب بأن عدم الجواز هاهنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير (قوله وبخلاف) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره فى الكتاب وقدمناه فى سياق دليلهما

(قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول : إذ يقول إذا قبضه يكون عينا (قوله واعترض بأنه لو اشترى الخ) أقول : مخالف لقوله فإنه لايجوز لذلك (قوله وأجيب بأن عدم ، إلى قوله : على الغير) أقول : النقود لاتتعين فى المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط .

وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة . وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعى عليه

عليه فلأن الدراهم والدنانير لايتعينان فى الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان فى الوكالات ، فلما لم يتعينا فى الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين ، كذا ذكره الإمام المرغينانى والمحبوبى وقاضيخان (وإذا لم يصح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فهلك من ماله) يعنى إذا هلك هلك من مال المأمور (إلا إذا قبضه الآمر منه) فإنه إذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا فى ملك الآمر . قال الإمام الزيلعى فى التبيين : وذكر فى النهاية أن النقود لاتتعين فى الوكالة قبل القبض بالإجماع ، وكذا بعده عند عامتهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء ، وعزاه إلى الزيادات والذخيرة ، فعلى هذا لايلزمهما ما قاله أبو حنيفة . والتعليل الصحيح له أن يقال : إن تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز ، فكذا التوكيل به ، وإنما جاز فى المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك ، وإن لم يكن معينا لايصح الأمر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك فى الإسلام والشراء والصرف ولا يجوز ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر إذ لايلزمهما التعليل الذى ذكره أيضا ، إذ يجوز أن يقال من قبلهما إن عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لايقتضى عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه ، فإنه لما لم تتعين النقود فى الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الألف التى على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له ، بل صح اشتراء المأمور عبدا له بأية ألف كانت ، فكان ذكر تلك الألف فى التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل . و قد أشار إليه المصنف فى أثناء دليلهما حيث قال : فكان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ، ولا بد فى تمام التعليل من قبل أبى حنيفة رحمه الله من المصير إلى تعيين النقود فى الوكالات وإن كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف ، فلله دره فى تدقيقه وتحقيقه (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (ومراده) أى مراد محمد (إذا كانت) أى الجارية (تساوى ألفا) يعنى أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما إذا كانت قيمة الجارية ألفا (لأنه) أى المأمور (أمين فيه) أى فى الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعى عليه

وذلك ظاهر . وقوله (وإذا لم يصح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور ، فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطى ، فإن هلك عنده هلك من ماله . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا الخ) رجل دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول للمأمور ، ومراده إذا كانت تساوى الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة ، والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر ، فإن كانت الجارية تساوى خمسمائة فالقول للآمر لأن الوكيل خالف إلى شر حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والآمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن ، فإن لم يكن دفع الألف إليه واختلفا فالقول للآمر ، أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شر وإن كانت قيمتها ألفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ماقيل فى شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها ، لأنه لما اشتراها بألف كان موافقا للآمر ، وإن اشتراها بأقل كان مخالفا إلى خير وذلك يلزم الآمر ، وهذا لأنهما فى هذا

(قال المصنف : فالقول قول المأمور) أقول : قال صدر الشريعة بلا يمين (قال المصنف : ومراده) أقول : يعنى مراد محمد رحمه الله (قال المصنف : لأنه أمين فيه) أقول : ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح .

ضمان خمسمائة وهو ينكر . فإن كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والآمر تناول مايساوى ألفا فيضمن . قال (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر) أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ، ثم يفسخ العقد الذى جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور . قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لاتحالف هاهنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع .

ضمان خمسمائة وهو) أى المأمور (ينكر) والقول قول المنكر (فإن كانت) أى الجارية (تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه) أى الوكيل (خالف) أى خالف الآمر إلى شرّ (حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والآمر يتناول ما يساوى ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أى المأمور لأنه لايملك أن يخالف الآمر إلى شرّ ولا أن يشترى بغبن فاحش (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإن لم يكن دفع إليه الألف) واختلفا (فالقول قول الآمر ، أما إذا كانت قيمتها) أى قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) ولتحقيق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وإن كانت قيمتها ألفا ، فمعناه) أى فمعنى قول محمد فالقول قول الآمر (أنهما يتحالفان) ويندفع به ماقيل فى شروح الجامع الصغير : إن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها ؛ لأنه إن اشتراها بألف كان موافقا للآمر ، وإن اشتراها بأقلّ منها كان مخالفا إلى خير ، وكل ذلك يلزم الآمر ،كذا فى العناية وغيرها . أقول : بقى هاهنا شىء ، وهو أن المذكور فى قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك ؟ والجواب الذى أشار إليه المصنف فى المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لايتمشى هنا كما لايخفى على المتأمل . قال المصنف (لأن الموكل والوكيل فى هذا) أى فى هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشترى) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعنى فإذا تحالفا يفسخ (العقد الذى جرى بينهما) أى بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمى (فتلزم الجارية المأمور) قيل هنا مطالبة وهى أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم فى ذلك ؟ وأجيب بأن فى الأول سبقت الأمانة المبادلة ، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثانى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسمّ له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف فى الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور) اشتريته (بألف وصدق البائع) أى بائع العبد (المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (قيل لا تحالف هاهنا) وهوقول الفقيه أبى جعفر الهندوانى (لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع

أى فى هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشترى للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ، فإذا تحالفا فسخ العقد الحكمى بينهما وتلزم الجارية المأمور ، وفيه مطالبة وهى أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة ، فما الحكم فى ذلك ؟ والجواب أن فى الأول سبقت الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه ، بخلاف الثانى . قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد الخ) وإذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف فى الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه . قيل لاتحالف هاهنا وهو قول أبى جعفر الهندوانى لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشأه لزم الآمر فكذا هاهنا ،

(قال المصنف : فالقول للآمر) أقول : يعنى لايلزم الآمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف : لأنه خالف حيث اشترى الخ) أقول : ولأن فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر (قوله فمعنى قوله فالقول للآمر الخ) أقول : وأنت خبير بأنه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه إذا كان بسببين مختلفين ، والكلام فى وجود القرينة الصارفة فإنها ليست بظاهرة هنا كظهورها فى المسئلة الثالثة .

إذ هو حاضر وفى المسئلة الأولى وهو غائب ، فاعتبر الاختلاف ، وقيل يتحالفان كما ذكرنا ، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف ، وهذا قول الإمام أبى منصور رحمه الله وهو أظهر .

إذ هو) أى البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشأ العقد لزم الآمر فكذا هاهنا (وفى المسئلة الأولى هو) أى البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعدم ما يرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) فى هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبى منصور الماتريدى (كما ذكرنا) أى فى المسئلة الأولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشترى ، وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ، ولما استشعر أن يقال كيف قيل إنهما يتحالفان وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعنى أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يمينى التحالف . وهو يمين البائع : أى المأمور لأنه بمنزلة البائع فى العقد الذى جرى بينه وبين الآمر حكما ، وإنما قال إن يمين البائع الذى هو المأمور معظم يمينى التحالف لأنه مدّع هاهنا ولا يمين على المدعى إلا فى صورة التحالف ، وأما المشترى وهو الآمر فنكر ، وعلى المنكر اليمين فى كل حال ، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ، ثم إذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعى فلأن تجب على الآمر وهو المنكر أولى ، كذا فى الشروح . قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط : هكذا ذكر المشايخ إلا أن فيه إشكالا ، لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ، فإن قوله إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله ، وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر : يعنى أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أى قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما) أى بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أى على الموكل (فبقى الخلاف) بين الآمر والمأمور فلزم التحالف . قال المصنف (وهذا) أى القول بالتحالف (قول الإمام أبى منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافى : وهو الصحيح ، ولكن جعل الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبى جعفر أصح . قال الإمام المحبوبى فى شرح الجامع الصغير بعد هذا : هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل ، وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتنى بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ، ويلزم العبد الوكيل لأن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله ، فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما إذا لم يسمّ عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح

بخلاف المسئلة الأولى فإن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فإن قيل : المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه . أجاب بقوله (وقد ذكر) يعنى محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لأن البائع وهو الوكيل مدّع ولا يمين على المدعى إلا فى صورة التحالف . وأما المشترى وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين ، فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت على المدعى فعلى المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقى الخلاف والتحالف . قال المصنف (وهذا قول الإمام أبى منصور وهو أظهر) قال فى الكافى : وهو الصحيح .

(قال المصنف : وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول : ونظيره ماسيجىء فى باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » (قال المصنف : وهو أظهر) أقول : وإنما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد بقى قوله مع يمينه بلا فائدة .

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

أن يقول الإمام المحبوبى بعد ذلك هذا إذا تصادقا على الثمن ؟ ويمكن الجواب بأن التصادق فى الثمن خلاف التخالف فيه ، فيصوّر بأن يتصادقا على تسمية الثمن المعين . وبأن يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا . وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث تسميته . والثانى هو المراد فى قول الإمام المحبوبى .

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر فى فصل على حدة ، كذا فى العناية وكثير من الشروح . واستشكله بعض الفضلاء بأن الكلام لايتناول إلا للمسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فالثانية لاغير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى . أقول : ليس هذا بشىء، إذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا . وأما الاحتياج إلى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضرورى على كل حال ، لأن المحذور أن لايكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك ، إذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا . ثم أقول فى استشكال ما فى الشروح : التوجيه الذى ذكروه لايتناول المسئلة الثانية ، بل إنما يتمشى فى المسئلة الأولى لأن شراء العبد نفسه من مولاه إنما يصير إعتاقا على مال أن لوكان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه . وأما إذا كان لغيره فلا . والتوكيل فى المسئلة الثانية إنما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل ، فإن وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض ، وإن خالف أمره فيكون شراؤه إعتاقا على مال ، ولاينافى كون التوكيل فى هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء ، إذ المسئلة لاتتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لأن الآمر كما فى كثير من مسائل هذا الفصل وغيره . وأما التوكيل فى المسئلة الأولى فإنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد . فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقا على مال معنى ، وإن كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور فى هذه المسئلة دون الأخرى فكان قاصرا . قال فى النهاية ومعراج الدراية : ثم إن الألف واللام فى قول المصنف فى التوكيل بشراء نفس العبد بدل الإضافة وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل والفاعل

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره فى فصل على حدة . والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين: أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الأولى . وأن يوكل العبد رجلا ليشترى نفسه من مولاه فالعبد فى الأول موكل وفى الثانى وكيل ، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلا من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول

(فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد)

(قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول : أى وكالة فيتناول المسئلتين ، إذ فى الأولى شراء لنفسه بوكيل ، وفى الثانية وكيل أيضا إلا أنه خالف أمر الموكل ، ولا يخفى عليك ما فيه ، بل لا يتناول الكلام إلا المسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فالثانية لاغير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل . والأظهر أن يقال : لما كان تصرف الوكيل فى هذه الوكالة شراء على تقدير وإعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر فى فصل على حدة ، وفى قوله من مولاه إعتاقا على مال الخ مسامحة فإن الإعتاق إنما هو بيعه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول : أى على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول : والأولى أن يقدر المضاف إليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول فى توكيل شخص شخصا أو أحد أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لايبعد

قال(وإذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسي من المولى بألف ودفعها إليه : فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حرّ والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لايرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه ، وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء (وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى)

هو العبد بالنظر إلى المسئلة الأولى : أى توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه والأجنبي بالنظر إلى المسئلة الثانية : أى توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى . وقال فى العناية : والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين : أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الأولى ، وأن يوكل العبد رجل ليشترى نفسه من مولاه . فالعبد فى الأول موكل ، وفى الثانى وكيل . وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلا من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول ، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل انتهى . أقول : تناول قول المصنف فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين إنما يكون على سبيل البدل وفى ذلك تعسف لايخفى ، فالأوجه أن يقدر كل واحد من المضاف إليه والمتروك أمرا عاما ، مثل أن يقال : فصل فى توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لاعلى سبيل البدل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسي من المولى) أى من مولاى (بألف ودفعها) أى دفع العبد الألف (إليه) أى إلى الرجل الذى وكله (فإن قال الرجل) أى الوكيل (للمولى اشتريته أى العبد لنفسه) أى لنفس العبد (فباعه على هذا) أى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حرّ) أى فذلك العبد حرّ يعنى صار حرّا (والولاء للمولى) أى وولاء ذلك العبد للمولى (لأن بيع نفس العبد منه) أى من العبد (إعتاق) أى إعتاق على مال ، والإعتاق على المال يتوقف علىٰ وجود القبول من المعتق ، وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه) أىعن العبد حيث أضاف العقد إليه (إذ لايرجع إليه الحقوق) أى لايرجع إلى المأمور حقوق العقد ، لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولا ، ولاعهدة على الرسول ، وإذا كان كذلك (فصار كأنه) أى العبد (اشترى) نفسه (بنفسه) أىبلا واسطة (وإذاكان إعتاقا) أى وإذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقا لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد فى هذه الصورة صار حرّا وكان ولاؤه للمولى (وإن لم يعين للمولى) أى وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهوعبد للمشترى) يعنى صار ملكا له

فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل . قال (وإذا قال العبد لرجل الخ) إذا وكل العبد رجلا بأن يشترى له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه ، فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حرّ والولاء للمولى ، أما أنه حرّ فلأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك ، لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه ، وأما أن الولاء للمولى فلأنهإذاكان إعتاقا أعقب الولاء للمعتق ، وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشترى ، لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن ، وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لانسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شىء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه . فالجواب سيأتى بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز ، وإذاكان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشترى ألف أخرى ثمنا للعبد ، فإنه أى الثمن فى ذمة المشترى لأن الأداء لم يصح . قال فى النهاية : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشترى ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضيخان فى الجامع الصغير : وفيما إذا بيّن الوكيل للمولى أن يشتريه للعبد هل يجب العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر فى الكتاب ، وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه . قلت : وفى كلام المصنف مايشير إليه ، فإنه جعل شراء نفسه

لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له (والألف للمولى) لأنه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فإنه فى ذمته حيث لم يصح الأداء . بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لايشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد . وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد ، أما هاهنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لايرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلابد من البيان

(لأن اللفظ) أى لأن قوله اشتريت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الإعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (إذا لم يبين) أى إذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لأجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لانسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه . قلنا : قد أتى الوكيل هاهنا بجنس تصرف آخر ، لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال ، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه ، وستجيء الإشارة من المصنف إلى نظير هذا فى المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للإعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لأن المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للإعتاق (فيه) أى فى شراء العبد نفسه (متعين) لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الإعتاق ، أو لأن نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره ، والمال غير الآدمى خلق لمصالح الآدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الإعتاق والمجوّز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر . والإعتاق يزيله لاإلى آخر (وإذا كان معاوضة) يعنى إذا كان العقد معاوضة فيما إذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أى للمشترى (والألف للمولى) أى والألف التى دفعها العبد إلى المشترى حين أن وكله تكون للمولى (لأنه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل ذلك الألف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز : أى من جهة أنه ثمن للعبد (فإنه) أى الثمن (فى ذمة) أى فى ذمة المشترى (حيث لم يصح الأداء) لأن المشترى أدّى تلك الألف إلى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا . قال فى النهاية : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشترى ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضيخان : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر فى الكتاب . وينبغى أن تجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى . وقال فى العناية بعد نقل ذلك عن النهاية : قلت وفى كلام المصنف مايشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل ، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل انتهى فتأمل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أى من غير العبد بأن يوكل أجنبى أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لايشترط بيانه) أى بيان الشراء : يعنى لايشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلى فى وقوع الشراء للموكل (لأن العقدين) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل (هناك) أى فى تلك الصورة (على نمط واحد) أى على نوع واحد وهو المبايعة ، والنمط النوع والطريقة أيضا (وفى الحالين) أى حال الإضافة إلى نفسه وحال الإضافة إلى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج إلى البيان (وأما هاهنا) أى فيما نحن فيه (فأحدهما) أى أحد العقدين (إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أى لا مطالبة فى الإعتاق على الوكيل لأنه سفير (والمولى عساه) أى لعله (لايرضاه) أى لايرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (ويرغب فى المعاوضة المحضة) أى والمولى عساه يرغب فى المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالعتق ، فإن

قبوله الإعتاق ببدل ، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل ، وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد)

أن ينزل التوكيل منزلة اللازم (قوله كان إعتاقا بلا بدل) أقول : لأن الألف المؤدى ملك المولى قبل الإعتاق لكونه كسب عبده ولايصلح لكه بدلا عن ملكه .

(ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهوللآمر) لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لأنه أجنبى عن ماليته ، والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال .إلا أن ماليته فى يده حتى لايملك البائع الحبس بعد البيع ،

محمدا رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر فى باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا فى وكالة الجامع الكبير . وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره ، وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا هاهنا . وعن عيسى بن أبان قال : الصحيح أن الثمن على العبد لأن الوكيل من جانب العبد فى العتق سفير ومعبر ، فإنه لايستغنى عن إضافة العقد إلى الآمر ، وليس إليه من قبض المعقود عليه شىء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ، ألا يرى أن المولى لو كان هو الذى أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والألف عليه إلى ذلك الأجل ، والذى يلى قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا هاهنا ، كذا ذكره الإمام المحبوبى (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك) هذه هى المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل ، فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العبد العقد إلى موكله أو إلى نفسه ، أوأطلق فإن أضافه إلى موكله(فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى ففعل المولى ذلك (فهو) أى العقد أو العبد (للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه،لأنه) أى العبد (أجنبى عن ماليته) لأنها لمولاه، حتى لوأقرّ بها لغيره لم يصح (والبيع يردّ عليه) أى على العبد (من حيث أنه مال) لا من حيث أنه آدمى فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبى بشراء نفسه . قال شمس الأئمة : أما صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر ، وإنما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (إلا أن ماليته فى يده) استثناء من قوله لأنه أجنبى عن ماليته: يعنى أن مالية العبد فى يد نفسه(حتى لايملك البائع الحبس بعد البيع) فإنه لو أراد البائع أن يحبسه بعد

يعنى أن يوكل أجنبى أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لايشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلى لوقوع الشراء للموكل ؛ لأن العقدين : يعنى الذى يقع له والذى للموكل من نوع واحد وهو المبايعة ، وفى الحالين : أى حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان ، أما مانحن فيه فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عساه لا يرضاه : أى لايرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء ووجوب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب فى المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ، وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله . وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالعتق أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر فى باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل . وهكذا ذكر فى وكالة الجامع الكبير . ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره ، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هاهنا . ووجه الأول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد فى عتقه سفير فإنه لايستغنى عن إضافة العقد إلى الآمر وليس إليه من قبض المعقود عليه شىء فلا يتوجه عليه شىء من المطالبة بتسليم البدل . قال (ومن قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك الخ) هذه هى المسئلة الثانية . ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العقد إلى موكله أو إلى نفسه أوأطلق ، فإن أضافه إلى موكله بأن قال بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر ، لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لأنه أجنبىّ عن ماليته لأنها لمولاه ، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح ، وله عبارة ملزمة كالحرّ والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبىّ بشراء نفسه (إلا أن ماليته) يعنى هو أجنبى عن ماليته إلا أنها بيده ، حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع إذا اشترى

(قال المصنف : حتى لايملك البائع الحبس) أقول : قال الزيلعى : لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد ، كالمودع إذا اشترى الوديعة لايكون للبائع

. . . .

البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لأن ماليته في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة إليه . قال تاج الشريعة : فإن قلت : الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس ، كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز . قلت : الشرع لايرد بالمحال . وكون المالية هاهنا في يد العبد أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لايعتبر انتهى . أقول : كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه . أما السؤال فلأن قوله كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود ، لأن حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لايسقط حق الحبس لأنه تسليم ضروري لايمكن الاحتراز عنه ، وما هو كذلك فهو عفو لايسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن ، وعلى تقدير أن لايكون قبض الوكيل قبض الموكل لايتحقق التسليم إلى الموكل هناك فلا يكون نظيرا لما نحن فيه. فالوجه أن يقال : بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل . وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على مامر : أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم إليه لكنه تسليم ضروري لايمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس . وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه إن حبسه ، وصحة التنظير على القول الأول دون الثاني . وأما الجواب فلأن الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الأول أمر حسي لا مرد له ، والثاني أمر اعتباري ، فجاز أن لايعتبر الثاني دون الأول مما لايجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور ، لأن خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لايمكن الاحتراز عنه لامنع تحقق التسليم فيما نحن فيه ، وكون مالية العبد مما لامرد له إنما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لايخفى . وإنما تأثير الفرق المزبور بالنظر إلى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر إلى ماهو المقصود . وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب : وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لامرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان

الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة إليه . فإن قلت : الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلايصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل إنه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز. أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لايعتبر ، وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان لايجعل في غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، وأما مالية العبد فإنها لاتنفك عن نفسه ، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لاتنفك سلمت إليه ، ولاحبس بعد التسليم

حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى . وفي الكافي : والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضرا في مجلس الشراء لايكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشتري فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فإنه لايكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى . ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء ليتصور الحبس فإنه إذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لايتصور ذلك غالبا ، لا لأن الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة إليه) أقول : يعني بالتخلية (قوله كما قلنا في قبض الوكيل) أقول : يعني في الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول : خلافا لزفر (قوله أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي) أقول : أي بمنزلة الأمر الحسي لأنه في يده حقيقة فمآل هذا الجواب إلى ما استوجبه أيضا . ويمكن أن يجاب عن قوله فإن قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدي إلى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له ، بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول : أي فحبس (قوله فكان الأمر بالعكس) أقول : إنما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له .

فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر .

لايجعل فى غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، فأما مالية العبد فإنها لاتنفك عن نفسه ، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لاتنفك سلمت إليه ، ولا حبس بعد التسليم ، إلى هنا كلامه . أقول : فى كل واحد من نظره وجوابه الذى استصوبه بحث . أما فى الأول فلأن الأمر الحسى الذى لا مردّ له إنما هو قبض الوكيل ، والذى عدّاه تاج الشريعة فى جوابه أمرا اعتباريا إنما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل ، وأين هذا من ذاك فلم يكن الأمر بالعكس كما لايخفى . وأما فى الثانى فلأنه إن أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها فى نفس الأمر فهو مع كونه ممنوعا فى نفسه مناف لما قاله سابقا فى النظر من أن مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك ، وإن أراد بذلك عدم انفكاكها عنها فى اعتبار أهل الشرع فللسائل أن يقول لم لايجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما فى قبض الوكيل ؟ على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز فى الأول دون الثانى ، فتعين التسليم هاهنا دون الأول ، وهذا إنما يدفع منع تحقق التسليم هاهنا ، وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم هاهنا ، فلا يتم ما ذكره جوابا عنه ، اللهم إلا أن يكون مراده الصواب فى الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره ، لا الصواب فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن إيفاء حق المقام . والأشبه فى تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال : فإن قيل : وقوع المالية فى يد العبد ضرورى لايمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وإن كانت يده كيد الموكل حكما لأنه لايمكن الاحتراز عنه . قلنا : لايمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات ، ولكن يمكن للبائع التحرز عنه فى جنس الوكالة بأن باع عبده لوكيل لايشترى نفسه انتهى (فإذا أضافه) أى أضاف العبد العقد (إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) هذا نتيجة الدليل . تقريره أن العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لأنه مال ، وكل من صلح وكيلا عن غيره فى شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر . ثم اعلم أن قوله فى الكتاب ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت ، وهو يخالف ما ذكر فى الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ، حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لايتم العقد حتى يقول العبد قبلت ، وهذا بناء على أن الواحد لايتولى طرفى البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما سيأتى فإنه إعتاق على مال مقدر ، والواحد يتولى طرفى الإعتاق إذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى . فإن قيل : إذا أضاف العبد العقد إلى الآمر فمن المطالب بالثمن ؟ قلنا : العبد لأنه العاقد ، فيجب الثمن عليه إلا أنه يرجع به على الآمر . فإن قلت : قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لاترجع إليه الحقوق . قلت : زال الحجر هاهنا بالعقد الذى باشره مع مولاه ، فإن المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو إذن

(قوله فإذا أضافه إلى الآمر) نتيجة الدليل . وتقريره : العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لأنه مال ، وكل من يصلح وكيلا عن غيره فى شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حرّ توكل بشىء وفعله . وقوله (ففعل فهو للآمر) يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت ، وهو يخالف ما ذكره فى الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ؛ حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لايتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لايتولى طرفى العقد ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتى فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى . فإن قلت إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن ؟ أجيب بأنه فى ذمة العبد لكونه العاقد . فإن قلت : قد يكون محجورا عليه و مثله لاترجع إليه الحقوق . أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذى باشره مع مولاه فإن المباشرة تستدعى تصوّر صحة المباشرة وهو إذن ، وإن أضافه إلى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت فهو حرّ لأنه إعتاق لما تقدم وقد رضى به المولى دون المعاوضة .

(وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلا بشراء شىء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعنى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه .

(وإن عقد لنفسه) أى إن أضاف العقد إلى نفسه فقال بعنى نفسى منى فقال المولى بعت (فهو حرّ لأنه إعتاق) لما تقدم (وقد رضى به المولى) لأنه علم أن بيع العبد منه إعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر . ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شىء بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه . أجاب بقوله (والعبد وإن كان وكيلابشراء شىء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الإعتاق على مال فكان مخالفا (وفى مثله ينفذ على الوكيل) فإن الوكيل بشراء شىء بعينه إذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعنى نفسى ولم يقل لفلان) أى وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعنى نفسى ولم يزد على ذلك (فهو حرّ لأن المطلق يحتمل الوجهين) يعنى الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أى فلا يجعل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) أى لأن الأصل فى التصرف أن يقع عمن باشره .
قال صاحب العناية : وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة . وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصوّرة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة انتهى.
أقول : هذا الجواب مما لايكاد يصح هاهنا لأن الكلام الآن إنما هو فى مسئلة الإطلاق عن المولى المولى الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل والقرينة المذكورة إنما وجدت فى مسئلة الإضافة إلى نفسه ، وقول المصنف وقد رضى به دون المعاوضة إنما وقع فيها وقد تقدم ذكرها، وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا.لايقال: ليس المراد بالإضافة إلى نفسه التى عدّت قرينة هاهنا الإضافة المارة فى المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعنى ،بل الإضافة الحاصلة من قوله نفسى فى قوله بعنى نفسى ، وهذه الإضافة موجودة فى مسئلة الإطلاق أيضا . لأنا نقول: هذه الإضافة لاتصلح أن تكون قرينة للمجاز ،

فإن قيل : العبد وكيل بشراء شىء بعينه فكيف جاز له أن يشترى لنفسه ؟ أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرّف آخر وهو الإعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم ، وإن أطلق فقال بعنى نفسى ولم يزد على ذلك فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين : الامتثال وغيره ، فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لأن الأصل فى التصرف أن يقع عمن باشره .
وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة .
وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة . لايقال : فعلى هذا لايكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحا .لأنا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ وذلك لايحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ .

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول : يعنى فى الفصل السابق (قوله وهى إضافة العبد العقد الخ) أقول : فيه أن الكلام فى الإطلاق عن الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل (قوله ورضى المولى بذلك) أقول : إن أراد رضى المولى مطلقا فسلم لكن لايصح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقى ، وإن أراد رضاه به دون المعاوضة فغيرمسلم لأن رضاه بالإعتاق دون المعاوضة إنما يصح أن لو تعين المعنى المجازى إذا أطلق وهل النزاع إلا فيه (قوله بذلك) أقول : أى بالمعنى المجازى (قوله لأنا نقول الاحتمال إنما هو الخ) أقول : فيه أن المعنى الحقيقى متعين من حيث اللفظ إذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف : وكذا لو قال بعنى نفسى الخ) أقول : لايقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد ، إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق . ولأنا نقول : الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه،فتعارض الأصلان فتساقطا فيرجع إلى غرض المولى ، فإنه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلق إعتاق ، واقتصاره على إضافته إلى العبد دليل عليه و لا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليثبت له الولاء .

(فصل في البيع)

قال (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له

إذ لاشك أن مجرد قوله بعنى نفسى لاينافى المعاوضة ، بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الإعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة ، بل الثانى هو الظاهر نظرا إلى الحقيقة . وقال صاحب العناية : لايقال فعلى هذا لايكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحا . لأنا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ . وذلك لايحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بصحيح إذ لا إضافة إلى نفسه فيما نحن فيه ، لأن وضعه فيما أطلق ولم يضف إلى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الإضافة إلى نفسه . وأيضا إن أراد بقوله وهى خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد فى هذه الصورة وهو قوله بعنى نفسى فأين توجد الإضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز ؟ وإن أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها ، وهو قوله بعنى فقط فلا يجدى شيئا ، لأن وضع المسئلة فى الإطلاق مجموع ما صدر عن العبد . إذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتى الإضافة فلا بد من خروج قيد الإضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الإطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور . وبالجملة لاحاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما فى الكتاب كما لايخفى على ذوى الألباب . والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا : فإن قيل ينبغى أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق لأن اللفظ لحقيقته فى الأصل ، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغى أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل . وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهى المعاوضة ، ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لأنه غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة . قلنا : عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهى أن الأصل فى تصرف الإنسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لايفوت ولاء العبد منه ، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض ، أو نقول : لما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق لأنه تصرف مندوب إليه ، والمعاوضة مباحة محضة انتهى .

(فصل فى البيع)

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع فى بيان أحكام التوكيل بالبيع ، وماذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا ، كذا فى الشروح . أقول : لقائل أن يقول : قد ذكر فى هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ، ولم يذكر ذلك فى الفصل المتقدم : منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لايجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ ، فإن الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء . ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ، ولا يجوز بما لايتغابن الناس فى مثله فإن الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء . ومنها قوله وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ ، فإن الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء ، فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع فى بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة . ويمكن الجواب بنوع عناية فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له

(فصل فى البيع)

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع ، وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع . قال (الوكيل بالبيع والشراء لايجوز له

(فصل فى البيع)

(قال المصنف : والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لاتقبل شهادته له عند أبي حنيفة . وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه)

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لاتقبل شهادته له) أى وسائر من لاتقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه، صرح القدورى فى مختصره بهذه الأمثلة ، إلا أن المصنف قصد الإجمال فقال بدلها : ومن لاتقبل شهادته له . قال الشارح العيني فى تمثيل قوله ومن لاتقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه . أقول : فى تمثيله الثانى خبط ظاهر ، فإنه تقبل شهادة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر فى كتاب الشهادة(عند أبى حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبى حنيفة عدم جواز ذلك عنده فى مطلق الوكالة . وأما إذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغيرله حيث لايجوز وإن قال ذلك ، كذا صرح به فى المبسوط ، ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية (وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء وإلا ففيه خلاف أيضا . وقال صاحب النهاية : خص قولهما فى الكتاب فى حق جواز البيع منهم بمثل القيمة ، وكذلك فى شرح الطحاوى فكان فيه إشارة إلا أنه لايجوز عندهما أيضا فى الغبن اليسير ، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة . ولكن ذكر فى الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع إذا باع ممن لاتقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف ، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لايجوز بالإجماع ، وإن كان بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما يجوز ، وإن كان بمثل القيمة ، فعن أبى حنيفة روايتان ، فى رواية الوكالة والبيوع لايجوز ، وفى رواية المضاربة يجوز ، وبيع المضارب وشراؤه ممن لاتقبل شهادته له بغبن يسير لايجوز عند أبى حنيفة ، وبيعه منه بأكبر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبمثل القيمة يجوز عندهما ، وكذلك عند أبى حنيفة باتفاق الروايات . فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه . فإن قيل : ما وجه الفرق لأبى حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل . أجيب بأن وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لايملك رب المال نهيه ، وقد يكون نائبا محضا فى بعض الأحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ، ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير ، فأما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وإن كان بمثل القيمة (إلا من عبده أو مكاتبه) فإنه لايجوز عندهما أيضا ، قيد فى المبسوط بقوله إلا من عبده الذى

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) إذا وكل شخصا بالبيع أوالشراء أو بهما لايجوز له أن يعقد مع من لاتقبل شهادته له إذاكانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبى حنيفة رحمه الله بمثل القيمة (وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أومكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لايجوز ، وهو المذكور فى شرح الطحاوى . وذكر فى الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ، ولا بد من تقرير الأقوال قبل الدلائل فنقول : عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لاتقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة فى البيع وبأقل منها فى الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك ، وبغبن يسير كذلك على ماذكر فى الكتاب وشرح الطحاوى ،

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول : إذا كان البيع منهم بدين يسير لايجوز على ماذكر فى شرح الطحاوى موافقا لما فى الهداية ، وذكر فى الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور فى الكتاب (قوله عند أبى حنيفة بمثل القيمة)أقول :متعلق بقوله أن يعقد (قال المصنف : وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء ، وإلا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول : المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لايجوز) أقول : إلا أن دليلهما يقتضى جوازه ، فالظاهر حمل ما فى الكتاب على رواية الذخيرة وإلحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول: يعنى بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول : يعنى بلا خلاف .

لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة ، بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما فى يد العبد للمولى ،

لا دين عليه لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه ، فكان فيه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية. قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبى يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى . أقول : نعم إن العبد الذى عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما فى يده عندهما إلا أنه يتعلق به حق الغرماء ، حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء ، وأما عند أبى حنيفة فلا يملك مولاه ما فى يده ؛ ولو أعتق من كسبه عبدا لا يعتق . ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما فى يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينتزعه من يده ، ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذى عليه دين من مولاه شيئا من أكسابه وبيع مولاه منه شيئا من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا يبيع مولاه شيئا منه عندهم أصلا ، وسينكشف ذلك كله فى كتاب المأذون ، فقوله فى المبسوط لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه ، بخلاف العبد المديون . قال المصنف فى تعليل ما ذكر فى الكتاب من جانبهما (لأن التوكيل مطلق) أى عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف ، لأن المانع هو التهمة (ولا تهمة هاهنا) لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو من حيث إيثار المالية وليس شىء منهما بموجود ؛ أما الأول فلما ذكره بقوله (إذ الأملاك متباينة) ألا يرى أنه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه ، ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لأن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع ، وإذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث إيثار العين فلا تهمة . وأما الثانى فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه ، فإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الأجنبى (بخلاف العبد) يعنى الذى لا دين عليه لما عرفت (لأنه بيع من نفسه) أى لأن بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لأن ما فى يد العبد) أى ما فى يد مثل ذلك العبد (للمولى) أى ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير ، فصار البيع

وعلى ما ذكر فى الذخيرة جائز عندهما ، وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات ، غير جائز عند أبى حنيفة فى رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور فى الكتاب ، وفى رواية المضاربة جائز . إذا عرف هذا فالدليل على المذكور فى الكتاب فى جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق : أى عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف ، لأن المانع هو التهمة ولا تهمة هاهنا ، لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو المالية وليس شىء منهما بموجود . أما الأول فلأن الأملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ، ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فإن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع . وأما الثانى فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه ، وإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الأجنبى ، وإنما لم يجز من عبده : يعنى الذى لا دين عليه

(قوله والمطلق يعمل بإطلاقه) أقول : صرح الشارح فى كتاب الرجوع عن الشهادة بأن الإطلاق ككلمة كل فتذكر (قوله لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين الخ) أقول : أى من حيث إيثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث ، بل الظاهر أن المراد إيثار نفسه بأحدهما (قوله أما الأول فلأن الأملاك متباينة الخ) أقول : فلا نفع له فى إيثار العين فلا تهمة (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول : فيه بحث (قوله وأما الثانى فلأن التقدير الخ) أقول : ولأنه إيثار لنفسه بالمالية ، ثم إن المفهوم من تعليله أنه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد إيثار المالية لنفسه وليس كذلك ، ولا مجال لحمل كلامه على إيثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر ، لأن قوله وليس شىء منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه . والجواب أن المراد من قوله وليس شىء منهما : أى التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل .

وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز . وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه ،والإجارة والصرف على هذا الخلاف .

منه بيعا من نفسه . والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفى البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب . وفيه من التضادّ مالا يخفى (وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب) حتى لاتصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعنى وقد ينقلب حق المولى فى كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أى ولأبى حنيفة (أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أى ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أى فيما بينهم (ولأن المنافع بينهم متصلة) لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فصار) أى بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة إيثار العين . قال صاحب العناية فى شرح دليل أبى حنيفة هاهنا : ولأبى حنيفة القول بالموجب . أقول : ليس الأمر كذلك ، لأن القول بالموجب على ما تقرر فى كتب الأصول التزام مايلزمه المعلل مع بقاء الخلاف ، وهاهنا ليس كذلك لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك وانقطاع المنافع . وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة ، والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام ، فلم يكن له من القول بالموجب فى شىء . نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهى أن التوكيل مطلق لكن لايتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لايخفى . قال المصنف (والإجارة والصرف على هذا الخلاف) يعنى أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور ، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس ، لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة ، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع ، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما ، كذا فى الشروح . أقول : السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير ، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما ، كما قال فى المختلف حيث

لأنه بيع من نفسه . لأن ما فى يد العبد لمولاه . والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما فى العيب . وفى ذلك من التقابل الذى لايتحقق قيام مقابليه بمحل واحد فى حالة واحدة . وكذا للمولى حق فى أكساب المكاتب حتى لاتصح تبرّعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد . ولأبى حنيفة رحمه الله القول بالموجب : يعنى سلمنا أن التوكيل مطلق ، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة . وهى موجودة هاهنا بدليل عدم قبول الشهادة . ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إيثار العين . فإن قيل : ما الفرق لأبى حنيفة رحمه الله فى تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل ؟ أجيب بأن المضارب أعم تصرفا من الوكيل ، فقد يستبد بالتصرف على وجه لايملك ربّ المال نهيه . كما إذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا إلى جهة استبداده ، والإجارة والصرف على هذا الخلاف ، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى

(قوله يعنى الذى لادين عليه) أقول : فيه تأمل . فإن العبد الذى عليه دين محيط بما فى يده ملك لمولاه عند أبى يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لأن الواحد إذا تولى طرفيه الخ) أقول : ولأن فيه مانع التهمة وهو إيثار العين ، لكن ماذكره الشارح أعم حيث ينفى جوازه وإن صرح به الموكل ، إلا أنه يتوقف فيه بحث لأن الأب والوصى يتوليان طرفى العقد كما إذا اشترى الأب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه ، وكذا الوصى ، إلا أن يقال تعدد الجهة يجوز للاجتماع فليتأمل (قوله وفى ذلك من التقابل الذى لايتحقق قيام مقابليه) أقول : الضمير فى قوله مقابليه راجع إلى التقابل (قوله وهى موجودة هاهنا) أقول : قوله وهى راجع إلى التهمة فى قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف : ولأن المنافع بينهم متصلة) أقول : هذا الدليل لا يجرى فى الأخير .

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايجوز بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه ، ولايجوز إلا بالدراهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لايملكه الأب والوصىّ . وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة ،

قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور : والسلم والصرف والإجارة على هذا الخلاف (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة) ويجوز بيعه بأجل غير متعارف أيضا عنده ، صرح به فى الذخيرة وغيرها ، ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عزّ وهان وبأى من كان وإلى أىّ أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لايجوز بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه) أى لايجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير) أى لايجوز إلا بالنقود ، وكذا لايجوز بيعه عندهما إلا بأجل متعارف . قال فى الذخيرة : وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة جاز عند علمائنا ؛ وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة بأن باع مثلا إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبى حنيفة يجوز ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لايجوز وقال : إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد ، فأما إذا كان فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد لايجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض دينى ، أو قال بع فإن الغرماء يلازموننى ، أو قال بع فإنى أحتاج إلى نفقة عيالى ففى هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى . قال المصنف فى تعليل ما ذكر فى الكتاب من جانبهما (لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف) أى بما هو متعارف بين الناس (لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أى فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أى ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفى بعض النسخ اللحم مكان الفحم ، لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لاغير هوماجمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر ، كذا فى الصحاح والديوان (والأضحية بزمان الحاجة) متعلق بيتقيد : أى يتقيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد ، وبشراء الجمد بأيام الصيف ، وبشراء الأضحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الآمر (ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ، والأب والوصى لايملكانه ، وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أى البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ، ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء (فلا يتناوله) أى فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لايملكه الأب والوصىّ) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل (ولأبى حنيفة أن التوكيل بالبيع مطلق) أى غير مقيد بشىء (فيجرى) أى يجرى المطلق (على إطلاقه فى غير موضع التهمة) فيتناول كل مايطلق عليه البيع . قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : ولأبى حنيفة القول بالموجب : أى سلمنا أن

عنها غيره فكان بما يوهم جوازها مع هؤلاء ، فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل . قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لايجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفا ، إذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف

(قال المصنف : فتتقيد بمواقعها) أقول : فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول : قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو ، وقوله كهو متعلق بقوله الحكم ..

والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين . والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ماهو المروى عنه :

التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة . أقول : هذا أقبح مما قاله فى المسئلة الأولى ، إذ لم يقل الخصم هنا قط إن التوكيل بالبيع مطلق . بل قال إن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف : يعنى أن ما هو فى صورة الإطلاق من الآمر فهو مقيد فى الحقيقة بالمتعارف ، فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم ، فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبى حنيفة هاهنا قولا بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق . والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الأمر هاهنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم إجراء المطلق على إطلاقه فى غير موضع التهمة ، وأن حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أى العرض (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم) أى السآمة (من العين) تنزل فى الجواب من المنع المذكور : يعنى سلمنا أن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ، لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها . وعند التبرم من العين . وفى هذا لايبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لأحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة على ما هو المروى عنه) أى من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم . وهى مسائل شراء الفحم والجمد والأضحية ليست بمسلمة على قول أبى حنيفة ، بل هى مروية عن أبى يوسف على ذلك الوجه . وأما عند أبى حنيفة فهى على إطلاقها لاتتقيد بزمان الحاجة . قال فى غاية البيان : ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبى حنيفة أيضا فنقول : إنما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ، والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحرّ وذلك يختص بالصيف ، حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لايتقيد التوكيل ، كذا قال الإمام علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف . وكذا التوكيل بالأضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذى يلحقه فى أيام تلك السنة انتهى . وقال فى الكافى : ولأنه مطلق فى حق الوقت لا عامّ فلم يتناول إلا واحدا ،

البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد الوكيل بشراء الفحم بأيام البرد ، وبالجمد بسكون الميم : ما جمد من الماء لشدة البرد ، تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف ، وبالأضحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الآمر ، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصى لايملكانه ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل . ولأبى حنيفة رحمه الله القول بالموجب أى سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة فيتناول كل مايطلق عليه البيع (قوله والبيع بالغبن) تنزل فى الجواب : يعنى سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف ، لكن البيع بالغبن أو بالعين : أى العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها ، وعند التبرم من العين وعند ذلك لايبالى بقلة الثمن وكثرته ، فكان العرف مشتركا لايصلح دليلا لأحد الخصمين ، بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته . والمسائل المذكورة مروية عن أبى يوسف رحمه الله على ذلك الوجه . وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فهى على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لايبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا فى اليمين جعل فى الوكالة

(قوله لكن المطلق يجرى على إطلاقه الخ) أقول : الأوجه أن يوجه بأن التوكيل بالبيع مطلق ، والعرف العملى لايصلح لتقييد المطلق كما قالوا فى كتاب الأيمان ، بل الذى يصلح للتقييد هو العرف اللفظى ، ولو سلم فالعرف العملى مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتأمل . ثم أقول : صرح فى أوائل فصل الشراء فى دليل مسئلة إجماعية بأن العرف أملك فلا مخالفة لأن مراده ثمة العرف اللفظى لا العملى (قوله أو لغيرها) أقول : مختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت مايدعيه) أقول : من قوله فتتقيد بمواقعها .

وأنه بيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لايبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصى لايملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه ، والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا ، فأما هذا فعام انتهى . وهكذا ذكر فىالكفاية أيضا (وأنه) أى البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه : يعنى لانسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى أن من حلف لايبيع يحنث به) أى بالبيع بغبن فاحش ، فلما جعل هذا بيعا مطلقا فى اليمين جعل فى الوكالة كذلك . واعترض عليه بأنه لايلزم من جريان العرف فى اليمين فىنوع جريانه فى البيع فى ذلك النوع ؛ ألا يرى أنه لو حلف لايأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث ، وفى التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشترى لاعلى الآمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع فىالأسواق والقديد لايباع بها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف فىحقهما فاختلف الجواب لذلك . وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا ، أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر ، كذا فى العناية أخذا من النهاية . أقول : فى الجواب بحث لأن حاصله الاعتراف باختلاف العرف فىحق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لايخرج عن كونه بيعا لاحقيقة ولا عرفا ، فرد عليه أنه إن أريد أنه لايخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم ، لكن لايحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه ، وإن أريد أنه لايخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع إذ هو أول المسئلة حيث لايقول به الخصم بل يدعى أنه بيع من وجه وهبة من وجه ، ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين ، فإذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم فىحق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير إلى الأصل المتنازع فيه (غير أن الأب والوصىّ لايملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الأب والوصى : يعنى أن الأب والوصىّ إنما لايملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) أى من كل وجه (لأن ولايتهما) أى ولاية الأب والوصىّ على الصغير (نظرية) أى بشرط النظر فى أمر الصغير بالشفقة وإيصال النفع إليه (ولا نظر فيه) أى فى البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه : يعنى لانسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه ، بل هى بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حدّ كل واحد منهما) قال صاحب العناية : وهى مبادلة المال بالمال على وجه

كذلك . واعترض بأنه لايلزم من جريان العرف فى اليمين فىنوع جريانه فى البيع فىذلك النوع ، ألا ترى أنه لو حلف لايأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث ، وفى التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشترى لا على الآمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع فى الأسواق ، والقديد لايباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف فى حقهما فاختلف الجواب كذلك . وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا ، أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر . فإن قيل : لوكان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الأب والوصى . أجاب بقوله غير أن الأب والوصىّ لايملكانه ، ومعناه أن كلامنا فى الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين . سلمنا ذلك ، لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ، ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هى بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حدّ كل منهما ، وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى بطريق الاكتساب كما تقدم فى أول البيوع ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . ويجوز أن يقال البيع فى الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه

(قوله أن كلامنا فىالأمر المطلق الخ) أقول : فى مناسبة الجوب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده (قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول : فيه نظر ، فإن الباء فى قوله بالمال هى باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء . ثم إن أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف ، وإن أراد أنه حد للمعنى الأعم من كل منهما يكون قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بأن كل ماصدق عليه حد الحيوان إنسان من كل وجه فرس من كل وجه .

التراضى بطريق الاكتساب كما تقدم فى أول البيوع . قال : وكل ماصدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . أقول : فيه خلل : أما أولا فلأنه لايخفى على أحد أن المراد بالبيع فى قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع . وأن المراد بالشراء فى قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشترى؛ والحدّ المذكور : أعنى مبادلة المال بالمال على وجه التراضى بطريق الاكتساب إنما هو حدّ البيع الذى هو عقد شرعى وهو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعى الحاصل بينهما ؛ فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما . وأما ثانيا فلأن قوله وكل ماصدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحدّ حدا لكل واحد من البيع والشراء يقتضى أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه، إذ لايخلو شىء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم فى أول البيوع ولم يقل به أحد قط . واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر ؛ فإن الباء فى قوله بمال هى باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحدّ الشراء انتهى. أقول : هذا ساقط لأن باء المقابلة والعوض لاتنافى تناول الحد المذكور الشراء، فإن المقابلة والمعاوضة يتحققان فى كل واحد من البدلين بلاتفاوت ، وإنما بقى حديث دخول الباء على الثمن وسيجىء الكلام فيه. ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن يقال البيع فى الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه؛ وكلاهما صادق على المقايضة انتهى . أقول : هذا هو الصواب ، وإن كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده، إلا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلى المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات ؛ فإن صدق البيع بالمعنى المزبور فى سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففى تقريره قصور انتهى فتدبر. ثم قال صاحب العناية : فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه

متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره له ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة . فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشترى ، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء ؛ فيسقط ما قيل إذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا رجع أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع . وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء ، وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق ، فكان الواجب أن لاتجوز المقايضة إلا إذا كان مايقابله من العرض مثله فى القيمة أو بأقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ، وذلك لأن الموكل أطلق فى توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ، ويجوز له أن يبيع بما عزّ وهان ، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لايجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لايملك ذلك بالنص

(قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول : بل على جميع البياعات ففى تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان ، إلى قوله : يخصه عليه) أقول : قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير فى قوله منهما راجع إلى البيع والشراء، والضمير فى قوله يخصه راجع إلى قوله كل والضمير فى قوله عليه راجع إلى قوله عقد (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى الخ) أقول : ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ، ومهد به عذرا لاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال : يحتاج إليها كل متعلم ، وبين اتحادهما بالذات بعض الأفاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ الخ) أقول : أى فى المقايضة ، بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود، فإن التعيين فيه لا يتوقف على إطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر (قوله وذلك لأن الموكل أطلق فى توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه) أقول : هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ماقيل الخ ، وقوله فيعتبر ذلك : يعنى يعتبر البيع ، وقوله ويترجح جانبه : يعنى يترجح جانب البيع (قوله لايجوز له أن يبيع بالأقل) أقول : إذا باع بجنسه .

. . . .

عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشترى والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى. أقول : وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع فى البيع ولفظ الشراء فى الشراء ، فيمتاز به البائع عن المشترى لكنه ليس بصحيح . أما أوّلا فلأنه قد تقرر فى كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الأضداد يطلق كل منهما على كل من معنيى البيع والشراء ، وصرّحوا به فى أوّل كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضا هناك بأن لفظ البيع من الأضداد لغة واصطلاحا . وقال : يقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه . وإذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين ، وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين بإطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ، ولا شك أن ماهو من الأضداد يصح إطلاقه على كل من معنييه . على أن اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد . وأما ثانيا فلأن البيع كما ينعقد بالإيجاب والقبول ينعقد أيضا بالتعاطى كما تقرّر فى البيوع ، وفى صورة التعاطى لايلزم إطلاق لفظ على شيء منهما ، فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشترى والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء . وأما ثالثا فلأنه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشترى لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بأن المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ، بل هى حينئذ إما بيع وإما شراء لاغير . اللهم إلا أن يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد ، وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف . ثم إنه فرّع على ماذكره سقوط بعض ماقيل هاهنا . ولما لم يصح الأصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لأن صحة الفرع فرع صحة الأصل كما لايخفى . واعلم أن هاهنا أسئلة وأجوبة يستدعى بسطها تحقيق المقام فنقول : إن قيل من المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها فى حالة واحدة ، فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فى ذلك الوقت لزم هذا المحال . قلنا إنما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة ، وليس كذلك فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه ، وإنما قلنا هكذا لأن البيع لابد له من مبيع وثمن ، وليس كل واحد منهما بأولى من الآخر فى أن يجعل هو مبيعا أو ثمنا ، فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر . فإن قيل : لانسلم عدم الأولوية فى أحدهما لأنه لابد من إدخال الباء فى واحد منهما لتحقق إلصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الأثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بحياله . قلنا : قد ذكر فى أوائل كتاب البيوع أن الباء إنما تعين ما دخلت عليه بالثمنية إذا كان ذلك الشيء من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير ، فإن الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل ، والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل . أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة وهى موصوفة بصفة ، فإن دخلت عليها الباء تتعين للثمنية ، كما إذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة ، وأما إذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضا . ثم إن كلامنا هاهنا فى بيع المقايضة وهى تنبئ عن المساواة يقال هما قيضان : أى مساويان ، فكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ، وإن دخلت الباء فى أحدهما . فإن قيل : إذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أىّ وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده إذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش ؟ قلنا : رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض ؛ ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه ، فإن باعه بعرض يتوقف أيضا ، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه ، كذا فى النهاية ومعراج

فكذا وكيله ، فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المتصدى لتلفيقه إن شاء الله تعالى .

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها . ولا يجوز بما لايتغابن الناس فى مثله)

الدراية . فإن قلت : كما أن كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرض نفسه مشتريا بالنسبة إلى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وثمن ، وليس أحد البدلين أولى من الآخر فى جعله مبيعا أو ثمنا ، فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ، ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره فى الذخيرة والمبسوط ، ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط ، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة ؟ قلت : الفرق بينهما إنما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا ، وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش إنما لاينفذ على الموكل للتهمة ، فإن من الجائز أنه عقد لنفسه ، فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل ، وهذا المعنى موجود هنا فإن الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط . وأما فى بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشترى لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل ، فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول أبى حنيفة. وذكر فى الذخيرة أن الوكيل بالصرف إذا اشترى بما لايتغابن الناس فيه لايجوز بلا خلاف . لأن الغبن على قول أبى حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لايجوز باعتبار أنه شراء من وجه ، إلا أن الشراء أصل فى هذا العقد لأن الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للأصل فكان شراء من كل وجه ، والغبن الفاحش لايتحمل فى الشراء بالاتفاق ، كذا فى النهاية. قال صاحب العناية . ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لايجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لايملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى . أقول : فيه نظر لأن موكله إنما لايملك البيع بالأقل فيما إذا اتحد البدلان فى الجنس ، وأما إذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف . ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس ، بل يعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه ، بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه : وإن وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لايتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى . فتلزم هذه الصورة قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب . ولعمرى إن صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب ، وغبن فى تصرفاته غبنا فاحشا ، ومع ذلك قال فى آخر كلامه : فعليك بهذا وتطبيقه على مافى الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المتصدى لتلفيقه إن شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لايتغابن الناس فى مثله) وهو الغبن الفاحش. وقال فى شرح الأقطع : وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشترى بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش ، لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه أوقد وجده خاسرا ألحقه بغيره على مامر ، حتى لو كان وكيلا بشراء شىء بعينه قالوا

(قال المصنف : والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) أقول : قال الإتقانى : قال الشيخ الإمام خواهر زاده : جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لايلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت . قال فى بيوع التتمة : وبه يفتى انتهى . وقال الزيلعى : هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين ، وأما إذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لايبقى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف : ولا يجوز بما لايتغابن الناس فى مثله) أقول : قال الزيلعى : وكذا لايجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى . وقد علم ذلك ضمنا فى التوكيل بالشراء فى شرح قوله ولو وكله بشراء شىء بعينه (قوله أو قد وجده خاسرا الخ) أقول : فيه أن المراد بعدم الموافقة فى عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا وإلا لا يكون دليلا لمدعاه فلا وجه لكلمة أو ، والظاهر أن أو تصحيف ، والأصل إذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا لمدعاه فليتأمل .

لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على مامر، حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لايملك شراءه لنفسه ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لابد من الإضافة إلى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ، ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

لعموم الأمر ، كذا فى غاية البيان . علل المصنف ما فى الكتاب بقوله (لأن التهمة فيه) أى فى الشراء ((متحققة فلعله) أى فلعل الوكيل (اشتراه) أى اشترى الشيء الذى وكل به (لنفسه) أى لأجل نفسه (فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على مامر) إشارة إلى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى . والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ، ولأن الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر ، والإنسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بإزائه مايعدله ، ولهذا لو قال : اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لايقبل قوله ، بخلاف الوكيل بالبيع ، فإنه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ، ولأن أمره بالشراء يلاقى ملك الغير ، وليس للإنسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه . بخلاف البيع فإن أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولأن اعتبار العموم أو الإطلاق فى التوكيل بالشراء غير ممكن ، لأنه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لايملكه من المال ، ونحن نعلم أنه لايقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير ، وفى جانب البيع اعتبار العموم ، والإطلاق ممكن لأنه لايتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذى رضى بزوال ملكه عنه . وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء فى الغبن الفاحش ذكرت فى كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا) أى المشايخ (ينفذ على الآمر) أى ينفذ العقد على الآمر وإن كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لأنه) أى الوكيل (لايملك شراءه) أى شراء ذلك الشيء المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الغبن اليسير لاالفاحش . وقال بعضهم : لايتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما فى الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه) أى زوّج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أى عند أبى حنيفة ، ذكره محمد فى الأصل فى أول باب الوكالة فى النكاح حيث قال : وإذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه فهو جائز ، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز فى قول أبى حنيفة ، وفى قول أبى يوسف ومحمد إذا زوّجها بما يتغابن الناس فى مثله فهو جائز ، وإن زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه ، وإذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهى امرأته ، ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشترى عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر ، إلى هنا لفظ الأصل . قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لأنه) أى الوكيل بالنكاح (لابد من الإضافة إلى الموكل فى العقد) أى فى عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أى تهمة أن يعقد أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد) أى لايضيفه إلى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان ، يعنى يجوز له الإطلاق ولا يجب عليه الإضافة إلى الموكل فتتمكن تلك التهمة. قال شيخ الإسلام خواهر زاده : جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدوابّ وغير ذلك ، وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز

ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لأنه لايملك أن يشتريه لنفسه . وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله ، فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش . وقال بعضهم : لايتحمل فيه اليسير أيضا ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لابد من الإضافة إلى الموكل فى العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة ، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق

(قال المصنف : وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول : وكان ينبغى أن لايجوز عنده أيضا لأن الوكيل من قبل الزوج فى معنى الوكيل بالشراء.

قال (والذى لايتغابن الناس فيه ما لايدخل تحت تقويم المقوّمين . وقيل فى العروض « ده نيم » وفى الحيوانات « ده يازده » وفى العقارات « ده دوازده »)

واللحم وغيرهما ، فإذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لايلزم الآمر وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلا (قال) فى بيوع التتمة وبه يفتى (والذى لايتغابن الناس فيه لايدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدورى فى مختصره . ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه . قال فى الذخيرة : تكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش ، والصحيح ماروى عن محمد رحمه الله فى النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير . وما لايدخل تحت تقويم المقوّمين فهو فاحش . قال : وإليه أشار فى الجامع فى تعليل مسئلة الزكاة . قال المصنف (وقيل فى العروض «ده نيم» وفى الحيوانات «ده يازده» وفى العقارات «ده دوازده») اعلم أن ظاهر سوق الكلام هاهنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش ، لأن صريح ماذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش ، فإذا قال بعده : وقيل فى العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسيرا للغبن الفاحش ، وأما الذى يقتضيه التطبيق لما عين فى سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسيرا للغبن اليسير . وعن هذا كان الشراح هاهنا فرقتين : فنهم من تردد فى تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لامن عند نفسه ، ومنهم من جزم بالثانى فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر . وقال الشارح الكاكى من هذه الفرقة : وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله مالايدخل تحت تقويم المقوّمين . فإنه إذا كان الغبن الفاحش مالايدخل تحت تقويمهم كان مايدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا . والحق عندى أن يكون تفسيرا للغبن اليسير لأنه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء . وعامة المشايخ فى كتبهم المعتبرة ، منهم الإمام البارع علاء الدين الإسبيجابى فإنه قال فى شرح الطحاوى : وروى عن نصير بن يحيى أنه قال : قدر مايتغابن الناس فى العروض «ده نيم» وفى الحيوان «ده يازده» وفى العقار «ده دوازده» انتهى . ومنهم الشيخ أبو المعين النسفى ، فإنه قال فى شرح الجامع الكبير : اختلف المشايخ فى الحدّ الفاصل بين القليل والكثير : منهم من قال مايتغابن الناس فيه قليل

العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان . ثم بيّن الغبن اليسير والفاحش فقال (والذى لايتغابن فيه مالايدخل تحت تقويم المقوّمين) فيكون مقابله مما يتغابن فيه . قال شيخ الإسلام رحمه الله : هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى البلد كالعبيد والدواب ، فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لاينفذ على الموكل ، وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلا لأن هذا مما لايدخل تحت تقويم المقومين ، إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم . ولاحاجة هاهنا للعلم به فلا يدخل . وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر . وقيل الفاحش . ويساعده سوق الكلام فى العروض «ده نيم» وفى الحيوانات «ده يازده» وفى العقار «ده دوازده» فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر . وإن زاد على ذلك لزم الوكيل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها . وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ، ووقوعه فى القسم الأول كثير وفى الأخير قليل وفى الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا ، والدرهم مال يحبس لأجله فقد لايتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا . والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ،

(قال المصنف : والذى لايتغابن الناس الخ) أقول : قال الإتقانى : قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير : ومشايخ بلخ فضلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن إدريس . حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده ، وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم . هذا كلامه انتهى . هذا مخالف لما فى الهداية : فإن المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغبن الفاحش (قوله قال شيخ الإسلام : هذا التحديد فيما الخ) أقول : هذا التحديد للفرق وإزالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش . فلا يرد أن قوله لأن هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لأن المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما الفرق بينهما ، وإذ لايسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لاتمس الحاجة إلى الفرق (قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول : أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول : يعنى من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول : يعنى فى الهداية والكافى (قوله فى العروض) أقول : مقول القول (قوله فإذا كان الغبن الخ) أقول : توضيح القيل الأول .

لأن التصرف يكثر وجوده فى الأول ويقل فى الأخير ويتوسط فى الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف . قال (وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى (وقالا : لايجوز) لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لايجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقى قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما .

وما لايتغابن الناس فيه كثير ، ومنهم من قال مايدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لايدخل فهو كثير ، ومنهم من قال ذلك مفوّض إلى رأى القاضى . ومحمد قدّر فى هذا الكتاب : يعنى فى الجامع الكبير ده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبوالقاسم بن شعيب . حكى عنهم أنهم قدّروا اليسير فى العقار بده دوازده، وفى الحيوان بده يازده ، وفى العروض بده نيم انتهى كلامه. إلى غير ذلك من الأئمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسيرا للغبن اليسير . هذا وإنما كان التقدير فى الأقسام المذكورة على الوجه المذكور (لأن التصرف يكثر وجوده فى الأول) وهو العروض (ويقلّ فى الأخير) وهو العقارات (ويتوسط فى الأوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها ، وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ، ثم إن عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلا والدرهم مال يحبس لأجله فقد لايتسامح به فى المماكسة فلم يعتبر فما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ، فما كان أقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه ، وماكان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (وإذا وكله) أى إذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أى ببيع عبد له ، وفى بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة) إنما وضع المسئلة فى العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور ، لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس فى تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ، ذكره فى الإيضاح . قال المصنف (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجرى على إطلاقه ، ونوّر ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أى كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أى عند أبى حنيفة (فإذا باع النصف به) أى بذلك الثمن (أولى) أى فهو أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن . وإنما قيد بقوله عنده لأنه لايجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا . فإن قيل : إنما جاز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة ، وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شرّ فينبغى أن لاينفذ على الموكل . قلنا : ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فإذا جاز هذا على قوله فلأن يجوز ذلك وهو أهون أولى (وقالا : لايجوز) أى لايجوز بيع نصف ذلك العبد (لأنه غير متعارف) يعنى أن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المتعارف ، وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لأنها عيب (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أى الموكل والوكيل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لايجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقى قبل نقض البيع الأول تبين أنه) أى البيع الأول (وقع وسيلة) إلى الامتثال (وإذا لم يبع) الباقى (ظهر أنه) أى البيع الأول (لم يقع وسيلة) إلى الامتثال (فلا يجوز ، وهذا) أى كون البيع موقوفا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) إذ القياس أن لايتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف ، كذا فى معراج الدراية . وقال الزيلعى فى التبيين : وقولهما استحسان ، والقياس ما قاله أبو حنيفة

فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه ، وكان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه ، والله أعلم . قال (وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجرى على إطلاقه ، واستوضح بقوله : ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جازعنده ، فإذا باع النصف به أولى . وقالا :

(قوله فإذا باع النصف به أولى) أقول : من أين علم أنه باع النصف به فإنه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن إلا أن يبنى على الظاهر من الحال .

(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف . فإن اشترى باقيه لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا ، فإذا اشترى الباقى قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر ، وهذا بالاتفاق . والفرق لأبى حنيفة أن فى الشراء تتحقق التّهمة على مامر . وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق .

رحمه الله اه . والمعنى الأول أنسب بعبارة الهداية كما لايخفى على الفطن (وإن وكله بشراءعبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى باقيه لزم الموكل ، لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا) الشقص : الجزء من الشىء والنصيب ، كذا فى المغرب (فإذا اشترى الباقى قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع) أى شراء البعض (وسيلة) إلى الامتثال (فينفذ على الآمر) لأنه يصير كأنه اشتراه جملة . قال المصنف (وهذا) أى جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة . ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فى التوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه ، فقال أبو يوسف : إن أعتقه الآمر جاز . وإن أعتقه الوكيل لم يجز . وقال محمد : إن أعتقه الوكيل جاز ، وإن أعتقه الموكل لم يجز . فأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ؛ ألا يرى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه . ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلم ينفذ إعتاقه . ومحمد يقول : إنه قد خالف فيما أمره به ؛ وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقى فيرتفع الخلاف ، وقبل أن يشتريه بقى مخالفا فإذا أعتقه الآمر لم يجز ؛ كذا فى النهاية والكفاية نقلا عن الإيضاح (والفرق لأبى حنيفة)أى بين البيع والشراء (أن فى الشراء تتحقق التّهمة على مامر) إشارة إلى قوله لأن التّهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ : يعنى أن التّهمة متحققة فى الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أى وفرق آخر لأبى حنيفة بين البيع والشراء (أن الأمر بالبيع) فى صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الآمر (فيصح) أى الأمر بالبيع لولاية الآمر على ماله (فيعتبر فيه إطلاقه) أى إطلاق الأمر (والأمر بالشراء) فى صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أى الأمر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أى تقييد الأمر وإطلاقه فيعتبر فيه المتعارف ، والمتعارف فيه أن يشترى

لايجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما ، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لايجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق ، فإذا باع الباقى قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ؛ وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما ، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا فى التوكيل بالبيع . والفرق لأبى حنيفة رحمه الله أن التّهمة فى الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ . وفرق آخر أن الأمر فى البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه ، وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق : أى إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف ، والعرف فيه أن يشترى العبد جملة . ولقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل

(قال إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول : أراد به الاختصام إلى القاضى ونقض القاضى البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح ، وقول المصنف قبل نقض البيع (قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول : وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الأمر بالبيع الخ) أقول : وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف فى كله ملكه التصرف فى بعضه أيضا ، والعرف العملى لايصح مقيدا اللفظ كمن قال لامرأته طلقى نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ، ومرت المسئلة فى الاختلاف فى الشهادات بدليلها ، ولما لم يملك الموكل الشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف فى الكل يتضمن تمليكه فى البعض فلم يمكن اعتبار الأمر فبقى اعتبار العرف العملى ، الحمد لله على ماهدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أقول : لظهور أن اعتبار إطلاق الأمر وتقييده فرع

قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لايحدث مثله بقضاء القاضى ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه يرده على الآمر)

العبد جملة كذا فى العناية ، وهو الذى يساعده ظاهر لفظ المصنف . قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح : ولقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لايصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه ، والإعمال ولو بوجه أولى ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب شىء ، وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالإطلاق فى صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل ، فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لايعمل بالإطلاق فى صورة التوكيل بالبيع أيضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك . فإن قلت : لم يعمل بالقياس فى صورة الشراء ، فلو لم يعمل بالعرف أيضا لزم إبطال الدليلين معا ، بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الأمر فيها صادف ملك الآمر . قلت : لاتأثير لهذا الفرق هاهنا ، لأنا إنما تركنا القياس فى صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقى الكلام فى العرف ، فلو جاز تقييد الإطلاق به فى صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الإمكان لجاز تقييده به فى صورة البيع أيضا بناء على ذلك . وقال صاحب غاية البيان فى شرح الفرق الثانى : إن الأمر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف ،لأن الأمر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق. وأما الأمر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصودا لأنه لاملك للآمر فى مال الغير ، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ، ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر إطلاقه فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وذلك يتأدّى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لايحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقى قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده انتهى . أقول : هذا القدر من البيان وإن كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف إلا أنه حينئذ لايتوجه السؤال الذى ذكره صاحب العناية ولايحتاج إلى ما ارتكبه فى جوابه كما لايخفى على المتأمل(قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه) وسلمه (وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه) أى على البائع المشترى (بعيب لايحدث مثله) أى لايحدث مثله أصلا كالأصبع الزائدة والسن الشاغية ، أو لايحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضى) متعلق بردّه : أى رده بقضاء القاضى ، وهو احتراز عما إذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (ببينة) متعلق بقضاء القاضى أى قضائه ببينة المشترى (أو بإباء يمين)أى أو قضائه بإباء البائع عن اليمين عند توجهها إليه(أوبإقراره) أى أو قضائه بإقرار البائع (فإنه) أى البائع وهو المأمور (يردّه) أى يرد العبد الذى رد عليه (على الآمر) بلا حاجة إلى خصومة ، إذ الرد على الوكيل فى هذه الصورة رد

بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ، ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى . قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أولم يقبضه فردّه المشترى على البائع بعيب ، فإما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره ، فإن كان الأول فلا

عن صحة الأمر (قوله وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن) أقول : ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل وإلا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيرا لا تتعلق به الحقوق ، وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر (قال المصنف : بعيب لايحدث مثله) أقول : أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة ، يدل عليه قول القاضى يعلم أنه لايحدث فى مدة شهر ، وهذا أعم مما لايحدث أصلا أويحدث لكن لافى تلك المدة.

لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لايحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ، أوكان عيبا لايعرفه إلا النساء أو الأطباء ،

على الموكل . فإن قيل : إذا أقرّ الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لامحالة ، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار ؟ قلنا : يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول . فقضاء القاضي كان إجبارا على القبول ، كذا في النهاية وكثير من الشروح . وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال : فإن قلت : إن كان الوكيل مقرا بالعيب يردّ عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة ذكره ؟ قلت : الكلام وقع في الردّ على الموكل ، فإذا كان الرد على الوكيل بإقراره بلا قضاء لايرد على الموكل ، وإن كان عيبا لايحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة إذا فافهمه واغتنمه . انتهى كلامه . أقول : هذا الجواب ليس بشاف . إذ هو لايحسم عرق السؤال ، لأن هاتيك الفائدة مرّتبة على وقوع القضاء : أي حاصلة بعد حصوله ، وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء . يعني أن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ، ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة ، وفيما إذا أقرّ الوكيل بالعيب لاخصومة ولا منازعة فلا حاجة إلى القضاء رأسا فبأي سبب يقع القضاء حتّى تترتب عليه تلك الفائدة ؟ فالجواب الشافي هو الأول لأن امتناع المقرّ بالعيب عن قبول المعيب يقتضي الاحتياج إلى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع) إذ الكلام في عيب لايحدث مثله .(فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج) يعني البينة والنكول والإقرار . قال جماعة من الشراح : هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال : لما كان العيب لايحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج ، بل ينبغي أن يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع . فأجاب بأن قال : لم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج الخ . أقول : لايذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وإن كان صالحا لأن يكون جوابا عن ذلك السؤال ، إلا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج على ما قبله بإدخال الفاء عليه يأبى ذلك جدا لأن منشأ السؤال ماسبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه ؟ وكأن صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور . ثم لما جاء إلى تقرير الجواب قال : فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم الخ ، فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . لكن لايجدي ذلك طائلا ، أما أولا فلأنه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه إلى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلأنه لامجال لإخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وإدخاله في التعليل السابق ، لأن التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور . والجواب عن ذلك السؤال لايتم بدون هذا كما لايخفى . وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف إلى غير ذلك صرحوا بأن قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ، ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ ، فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفق (وتأويل اشتراطها) أي اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (أن القاضي يعلم أنه) أي العيب المذكور(لايحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج) أي إلى واحدة منها (لظهور التاريخ) أي لأجل ظهور التاريخ عنده حتّى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أوكان عيبا) إشارة إلى تأويل آخر : أي أوكان العيب الذي يريد المشتري الردّ به عيبا (لايعرفه إلا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه(أوالأطباء) أي أوعيبا لايعرفه إلا الأطباء

يخلو إما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم يكن ، فإن لم يكن ، فإما أن يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع أو لم يكن ،

وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إليها فى الرد ، حتى لوكان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لايحتاج إلى شىء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة . قال (وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين) لأن البينة حجة مطلقة ، والوكيل مضطر فى النكول

كالدق والسعال القديم (وقولهن) أى قول النساء (وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومه) للمشترى (لا فى الرد) أى ليس بحجة فى الرد على البائع (فيفتقر) أى القاضى (إليها) أى إلى الحجج المذكورة (فى الرد) على البائع . أقول : فى هذا التأويل نظر ، إذ على هذا لايتم قول المصنف فيما مر آنفا ، فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج والاحتياج ؛ إلى التأويل إنما كان لأجل تتميم ذلك بل على هذا لايتم جواب أصل المسئلة أيضا . إذ ينبغى حينئذ أن يكون الجواب فى الرد على المأمور بعيب لايحدث مثله مثل الجواب فى الرد عليه بعيب يحدث مثله فى صورة إن كان ذلك بإقرار ؛ لأنه لما لم يكن قول النساء ولا قول الأطباء حجة فى حق الرد بل كان القاضى فيه مفتقرا إلى إحدى الحجج المذكورة فيما لايحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المأمور بإقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور إليها ، فينبغى أن لاتتعدى إلى الآمر بعين ماذكروا فيما يحدث مثله فتأمل . ثم إن صاحب الكافى زاد هاهنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال : ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار أن يشتبه على القاضى أن هذا العيب قديم أم لا . أو علم أنه لايحدث فى مدة شهر مثلا . ولكن لايعلم تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجج ليظهر التاريخ ، أوكان عيبا لايعرفه إلا النساء أو الأطباء كالقرن فى الفرج ونحوه . وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة ، ولكن لايثبت الرد بقولهن فيفتقر إلى هذه الحجج للرد انتهى ، وذكره صاحب غاية البيان أيضا . أقول : ذلك التأويل مما لايرى له وجه صحة هاهنا ، لأن الكلام فى الرد بعيب لايحدث مثله . والعيب الذى يشتبه على القاضى أنه قديم أم لا مما يحدث مثله ، إذ لاشك أن المراد بما يحدث مثله مايجوز أن يحدث مثله عند المشترى لاما يتعين حدوثه عنده وإلا لما صح رده على البائع ولو بحجة ، وإن المراد بما لايحدث مثله مالا يجوز أن يحدث مثله عند المشترى ؛ فالذى يشتبه أنه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله وإلا لما اشتبه حاله ، فإن مالايجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لوكان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لايحتاج) أى القاضى (إلى شىء منها) أى من تلك الحجج (وهو) أى الرد على الوكيل (رد على الموكل فلايحتاج الوكيل إلى رد وخصومة) مع الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى ، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال : وكذلك إذا رده) أى وكذلك الحكم إذا رد المشترى العبد (عليه) أى على الوكيل (بعيب) أى بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده : أى رده عليه ببينة (أو بإباء يمين) أى بالنكول عن اليمين (لأن البينة حجة مطلقة) أى كاملة فتتعدى ، كذا فى العناية وهو الظاهر . وقيل : أى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل ، كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى (والوكيل مضطر فى النكول) هذا جواب عن خلاف زفر فى إباء عن يمين ، فإنه قال : لو رد

فإن كان الأول لايحتاج إلى الحجة من بينة أونكول أو إقرار لأن القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد إليها ، وإن لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج إليها لظهوره ، وقد لايكون العيب ظاهرا كالقرن فى الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء أو الأطباء فى توجه الخصومة ، والرد لايثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج إلى الحجة ، وفى هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج إلى رد وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى ، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل ، وإن كان بعيب يحدث مثله ، فإن رده ببينة أو بإباء يمين فكذلك لأن البينة حجة مطلقة : أى كاملة فتتعدى ، والوكيل فى النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر ، وإن رده بإقرار لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه

(قال المصنف : فيفتقر إليها) أقول : قال الإتقانى : أى فيفتقر المشترى إلى الحجة وهى نكول البائع عن اليمين مثلا برد المبيع انتهى .

لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر . قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله . بخلاف ما إذا كان الردّ بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما . والردّ بالقضاء فسخ

على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره . ثم إن المشترى الثانى وجد عيبا فرده على المشترى الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه . فجعل هذا وما لو ردّ عليه بإقراره سواء فى حق البائع ، فكذا فى حق الوكيل . ولكنا نقول : الوكيل مضطر فى هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أى عن علم الوكيل (اعتبار عدم ممارسة المبيع) فإنه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل ، والموكل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الآمر) أى فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر . بخلاف ما إذا أقرّ فإنه غير مضطر إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو فى الإقرار مختارا لا مضطرا ، وبخلاف المشترى الأول فإنه مضطر إلى النكول ، ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره . كذا فى المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (فإن كان ذلك) أى الرد على الوكيل (بإقرار) أى بإقراره (لزم المأمور) أى لزم العبد المأمور وهو الوكيل (لأن الإقرار حجة قاصرة) فيظهر فى حق المقرّ دون غيره (وهو) أى المأمور (غير مضطر إليه) أى إلى الإقرار (لإمكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول : يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (إلا أن له أن يخاصم الموكل) يعنى لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة أو بنكوله) أى بنكول الموكل . قال بعض الفضلاء : لم يذكر الإقرار إذ لا فائدة فى المخاصمة هنا إذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى . أقول : ليس هذا بتام ، إذ يجوز أن يقرّ الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ، ففائدة الخصومة أن يجبره القاضى على القبول كما قالوا فى إقرار الوكيل، على أنه يجوز أن يظهر إقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها ، فلا معنى لقوله إذ لا فائدة فى المخاصمة هاهنا إذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما إذا كان الردّ) أى الرد بإقرار الوكيل (بغير قضاء) يعنى أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضى بإقراره . وأما إذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لأنه) أى الرد بالإقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد فى حق ثالث) وإن كان فسخا فى حق المتعاقدين (والبائع) يعنى الموكل (ثالثهما) أى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشترى . قال صاحب غاية البيان : وكان ينبغى أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره ، وكان ينبغى أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو والآمر ثالثهما، لأن الكلام فى مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى . واعتذر عنه صاحب العناية بأن قال : عبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه انتهى (والردّ بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال : ينبغى أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما إذا حصل الرد بإقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا فى حق الموكل ، فقال الردّ بالقضاء فسخ

السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكول الموكل لأن

ولعله قصور (قال المصنف : فإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور) أقول : قال الكاكى : وإذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده بإقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات ، لأن القاضى فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى . بقى هاهنا أمر وهو ما إذا كان علم القاضى للعيب القديم بإقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشترى الرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضى بعيب ففى مثل هذه الصورة ينبغى أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتأمل (قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول : لم يذكر الإقرار

لعموم ولاية القاضي ، غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار ؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور لايلزم الموكل إلا بحجة ، ولوكان العيب لايحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين ،

(لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لايحتمل أن يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهوالتراضي لأن القاضي يردّه على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار) يعني لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة وهي الإقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث أن الردّ بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث أن الإقرار حجة قاصرة (لايلزم الموكل إلا بحجة) أي إلا بإقامة الوكيل الحجة على الموكل . قال صاحب العناية : وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقرّالوكيل بالعيب ، لاحاجة حينئذ إلى قضاء لأنه يقبله لامحالة انتهى . أقول : فيه بحث ، إذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله ، وما قال في النهاية إنما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء . فإنه إذا أقرّ الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة إلى قضاء ، فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة . وهذا كلام جيد لايسقط بما توهمه صاحب العناية ، فإن للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش . ثم إن صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال ، وأجاب عنه بأن قال : يمكن أن يقرّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ، فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى . وقد ذكرناالسؤال والجواب في أول المسئلة ، ولا يخفى أن ذلكالجواب جواب حسن ووجه وجيه ، فإن فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الأول بعيب بقضاء القاضي بإقرار أو ببينة أو بإباء يمين حيث قال هناك : ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة انتهى فتفكر . فإن قيل إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالإجارة ، فإنه إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل ولم يعتبرإجارة جديدة فيحق الموكل ، فكذا هذا . قلنا: من أصحابنا من قال :لافرق بينهما في الحقيقة لأن المعقود عليه في إجارة الدار لايصير مقبوضا بقبض الدار ، ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر ، فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الإجارة . وقال : شمس الأئمة السرخسي : وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين، وقال : إن فسخ الإجارة ليس بإجارة في حق أحد، لأن على إحدى الطريقتين الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنافع ، فبعد الردّ بالعيب يمتنع الانعقاد إلا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ . وعلى الطريقة الأخرى العقد منعقد باعتبار إقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة ، وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لايحدث مثله والرد بغير قضاء) أي وكان الرد بغير قضاء (بإقراره) أي بإقرار الوكيل(يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) أي في رواية كتاب البيوع من الأصل (لأن الرد متعين) وذلك لأنهما فعلا غير ما يفعله القاضي لورفع الأمرإليه ، فإنهما لو رفعا الأمرإليه في عيب لايحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل . قال في الكافي : فإذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم

الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي ، غيرأن الحجة وهي الإقرارقاصرة ؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور لايلزمه ، وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب لاحاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لامحالة . وإن كان الثاني ، فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا ، فإن كان الأول وكان رده بإقرارلزم .

إذ لافائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقرا ، بخلاف الوكيل(قال المصنف : ومن حيث القصور لايلزم الموكل إلا بحجة) أقول : وعدم الاضطرار إليه ، وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف ، وإلا فينبغي أن لايلزم الموكل في صورة النكول أيضا إلا بحجة ، لأن النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فإنه إقرار عندهما (قوله لأنه يقبله لامحالة) أقول : إذ لانسلم أنه يقبله بدون القضاء لئلا

وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق فى وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد . وقد بيناه فى الكفاية بأطول من هذا . قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) لأن الآمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق . قال (وإن اختلف فى ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب)

القاضى سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة (وفى عامة الروايات) أى عامة روايات المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) يعنى لايلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد فى حق ثالث (والحق) أى حق المشترى (فى وصف السلامة) هذا جواب عن قوله فى رواية كتاب البيوع لأن الرد متعين : يعنى لانسلم أن الرد متعين لأن حق المشترى يثبت أوّلا فى الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (إلى الردّ ، ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة فى المبيع (إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لايحتمل التحوّل إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع . قال المصنف (وقد بيناه فى الكفاية بأطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية : ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره فى الديباجة ، ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها . قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور : وهكذا ذكر الروايتان فى شروح الجامع الصغير وغيرها . وبين الروايتين تفاوت كثير لأن فيه نزولا من اللزوم إلى أن لايخاصم بالكلية . وكان الأقرب أن يقال : لايلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى . أقول : ولعمرى إن رتبته لاتتحمل الإقدام على مثل هذا الكلام ، لأن ما عدّه أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الأدلة المذكورة فإنها تقتضى ما فى إحدى الروايتين البتة لاغير كما لايخفى على المتأمل (قال) أى قال محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) يعنى إذا اختلف الآمر والمأمور فى إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر (لأن الأمر يستفاد من جهته) أى من جهة الآمر . ومن يستفاد الأمر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر ، إلا إذا كان فى العقد مايخالف مدعاه وليس بموجود . وقد أشار إليه بقوله (ولا دلالة على الإطلاق) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين . على أن الأصل فى عقد الوكالة التقييد لأن مبناه على التقييد حيث لايثبت بدون ذلك ، فإنه مالم يقل وكلتك ببيع هذا الشىء لايكون وكيلا ببيعه ؛ ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالى أو فى مالى لايملك إلا الحفظ وكان مدعيا لما هو الأصل فيه فكان القول قوله (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإن اختلف فى ذلك) أى فى الإطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعته مضاربة ولم تعين شيئا (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية فى تصوير الاختلاف هاهنا : فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل فى البزّ وقال

الوكيل وليس له أن يخاصم آمره . وعبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه لأنه بيع جديد فى حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء ، والبائع : أى الموكل ثالثهما . وإن كان الثانى والرد بإقرار لزم الموكل بغير خصومة فى رواية بيوع الأصل لأن الرد متعين ، وذلك لأنهما فعلا عين مايفعله القاضى إن رفع الأمر إليه ، فإنهما لو رفعا الأمر إليه فى عيب لايحدث مثله رده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل . وفى عامة الروايات أنه لايلزم الآمر ، وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد فى حق ثالث . وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشترى فى الجزء الفائت ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان ، ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء . قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد الخ) إذا اختلف الآمر والمأمور فى إطلاق

تفوت تلك الفائدة (قوله ثم إنه ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع) أقول : إذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشترى بعيب آخر .

لأن الأصل فى المضاربة العموم ؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق ، بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أىّ أجل كان عند أبى حنيفة ، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)

المضارب دفعت إلىّ المال مضاربة ولم تقل شيئا . أقول : هذا التصوير لايطابق المشروح وهى مسئلة الجامع الصغير . فإن صورتها هكذا : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال ربّ المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه ، وقال المضارب أعطيتنى المال مضاربة ولم تقل شيئا . قال القول قول المضارب الذى أخذ المال . انتهى لفظ محمد . قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لأن الأصل فى المضاربة العموم) يعنى أن الأمر وإن كان مستفادا من جهة رب المال إلا أن فى العقد مايخالف دعواه بناء على أن الأصل فى المضاربة العموم والإطلاق (ألا ترى أنه) أى المضارب (يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعنى أن المضاربة تصح عند الإطلاق ويثبت الإذن عاما (فقامت دلالة الإطلاق) أى فقامت الدلالة على الإطلاق ، فمن ادعى الإطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الأصل فيها ، فكان القول قوله (بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة فى نوع) أى فى نوع مسمى (والمضارب فى نوع آخر) أى وادعى المضارب المضاربة فى نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أى عقد المضاربة (إلى الوكالة المحضة) وفيها القول للآمر كما مرّ آنفا (ثم مطلق الأمر بالبيع) فى صورة الوكالة (ينتظمه) أى ينتظم البيع (نقدا ونسيئة إلى أىّ أجل كان) متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبى حنيفة . وعندهما يتقيد بأجل متعارف) حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع : فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف . قال صاحب الغاية : وكان الأنسب أن يذكر مسئلة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أى الرهن (فى يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أى على الكفيل (فلا ضمان عليه) أى على المأمور . قال الكاكى فى معراج الدراية : فلا ضمان عليه : أى على الكفيل ؛

التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول للآمر لأن الأمر يستفاد من جهته ، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر ، إلا إذا كان فى العقد مايخالف مدعاه ، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لايثبت بدون التقييد ، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشىء لايكون وكيلا ببيعه ؛ ولو قال وكلتك بمالى أو فى مالى لايملك إلا الحفظ فليس فى العقد مايدل على خلاف مدّعاه من الإطلاق ؛ ولو اختلف المضارب وربّ المال فى الإطلاق والتقييد فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل فى البزّ وقال المضارب دفعت إلىّ المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب ، لأن الأمر وإن كان مستفادا من جهة ربّ المال إلا أن فى العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل فى المضاربة العموم ؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة ، بخلاف ما إذا ادّعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لربّ المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أىّ أجل كان) متعارف ، عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة عند أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما يتقيد بأجل متعارف ، (والوجه) من الجانبين (تقدم) فى مسئلة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى

(قوله قيل المراد ، بالكفالة ، إلى قوله : يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على مايراه ويموت الكفيل مفلسا)

لأن الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به . والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لايملك الموكل حجره عنه .

وتبعه الشارح العينى . أقول : لا وجه له أصلا . إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه ، وإنما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل إذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ؛ ألايرى قول المصنف فى تعليل المسئلة (لأن الوكيل أصيل فى الحقوق) أى فى حقوق العقد(وقبض الثمن منها) أى من الحقوق(والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء)أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل ، فإذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه ، ولو هلك الثمن فى يده هلك أمانة فكذلك الرهن . وقيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لايتحقق فى الكفالة لأن الأصيل لايبرأ . وقيل بل هى على حقيقتها . والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين . وقيل التوى فيها بأن يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على مايراه أويموت الكفيل مفلسا . كذا فى الشروح . واعلم أن القول الثالث هوالذى ذهب إليه صاحب الكافى حيث قال : فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل انتهى . وإن الإمام الزيلعى قد اختار ذلك ، وزيف القولين الأولين حيث قال فى التبيين : وفى النهاية المراد بالكفالة هاهنا الحوالة ، لأن التوى لايتحقق فى الكفالة ، وقيل الكفالة على حقيقتها ، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين ، وهذا كله ليس بشىء لأن المراد هاهنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتو دينه كما فى الرهن ، والتوى الذى ذكره هاهنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا ، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لايتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل ، وإنمايتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة . والأوجه أن يقال : المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذه الكفيل، وذلك يحصل بالمرافعة إلىحاكم يرى براءة الأصيلعن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا إلى هاهنا كلامه فتأمل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) إذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فإنه لايجوز (لأنه) أى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى إذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه (وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أى يقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لايملك الموكل حجره عنه) أى عن قبض الثمن ، فينزل الوكيل فى ذلك منزلة المالك ، والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع .

لايتحقق فى الكفالة لأن الأصيل لايبرأ . وقيل بل هى على حقيقتها . والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين ، وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا ، وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل فى الحقوق ، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به ، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ، ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله ، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رهنا أوكفيلا فإنه لايجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه فى قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لايملك الموكل حجره عن القبض .

أقول : قوله يرفع الأمر إلى حاكم : يعنى إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصيل ولا يرى الرجوع على الأصيل بموت الكفيل مفلسا . ورجح

(فصل)

قال (وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك ،

(فصــل)

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما ، كذا فى الشروح . قال فى غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه : ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة ، إلا أن يقال : يفهم هنا شىء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والإعتاق والإجارة ، وهذا حسن انتهى (وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدورى فى مختصره . اعلم أن هذا الحكم فيما إذا وكلهما بكلام واحد بأن قال وكلتهما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى ، وأما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به فى المبسوط حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء : وإذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فأيهما باع جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده ، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما فى عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت ، وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة ، وهاهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل ، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور فى مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) أقول : فيه شىء ، وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور ، وهى ما سوى الخصومة لأنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ، ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الأمور الخمسة فى الاستثناء بكلمة واحدة ، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر إلى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر إلى التوكيل بما سواها ، وقد تقرر فى كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع ، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فالأظهر أن كلام القدورى هاهنا مطلق ، وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأى ، وما يحتاج فيه إلى الرأى ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر إلى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام . فإن قلت : ليس مراد المصنف أن كلام القدورى هاهنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه

(فصــل)

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا (وإذا وكل وكيلين ، فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف) لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وإن كان بكلام واحد وهو المراد بما فى الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الأحكام أو أحدهما صبى أو عبد محجور ، إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا لأن الموكل

الزيلعى القتيل الثالث لأن المراد توى مضاف إلى أخذ الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القتيل الثانى ، لأنه لو لم يأخذ كفيلا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا ، وفى الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل .

(فصــل)

لأن الموكل رضى برأيهما لابرأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى . قال (إلا أن يوكلهما بالخصومة) لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة

حتى يرد عليه ما ذكر ، بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتى عليه . قلت : حاصل المعنى هاهنا بملاحظة الاستثناء الآتى أن يكون التوكيل فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى ولا يتعذر الاجتماع عليه . وهذا أخص مما ذكره المصنف ، فبيان المعنى هاهنا بما ذكره لايطابق الحاصل من كلام القدورى لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدى كبير طائل كما لايخفى . وقال المصنف فى تعليل أصل المسئلة (لأن الموكل رضى برأيهما لابرأى أحدهما) إذ لاينال برأى أحدهما ما ينال برأيهما ، حتى إن رجلا لووكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضرلم يجز إلا أن يجيز الآخر . وفى المنتقى : وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز ، وإن كان غائبا عنه فأجازه لم يجز فى قول أبى حنيفة ، كذا فى الذخيرة. وذكر فى المبسوط : لو وكل رجلين ببيع شىء وأحدهما عبد محجور أو صبى لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه مارضى ببيعه وحده حين ضم إليه رأى الآخر . ولو كانا حرّين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لأنه ما رضى برأيه وحده (والبدل وإن كان مقدرا) هذا جواب شبهة ، وهى أنه إذا قدّر الموكل البدل فى البيع ونحوه لايحتاج إلى الرأى ، فينبغى أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى ذلك كما فى التوكيل بالإعتاق بغير عوض ، فأجاب عنها بأن البدل وإن كان مقدرا (ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى) يعنى أن تقدير البدل إنما يمنع النقصان لا الزيادة ، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج إلى رأيهما من هذه الحيثية ، وكذا يختار أحدهما المشترى الذى يماطل فى الثمن دون الآخر فيحتاج إلى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أى القدورى فى مختصره (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لايتصرف بانفراده إلا فى الخصومة ، فإنه لوخاصم أحدهما بدون الآخر جاز . وذكر فى الفوائد الظهيرية : فإذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه فى خصومته ؟ بعض مشايخنا قالوا : يشترط ، وعامة مشايخنا على أنه لايشترط ، وإطلاق محمد يدل على هذا . قال المصنف فى تعليل مافى الكتاب (لأن الاجتماع فيها) أى فى الخصومة (متعذر للإفضاء إلى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشرّ ، ولا يقال شغب بالتحريك ، كذا فى الصحاح (فى مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لأن المقصود فيه إظهار الحق وبالشغب لايحصل ، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء ، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما (والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة) إشارة إلى دفع قول زفر ، فإنه قال : ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأى

رضى برأيهما لابرأى أحدهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف (قوله والبدل وإن كان مقدرا) جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأى بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما . ووجه ذلك أن البدل وإن كان مقدرا لكن التقدير لايمنع استعماله فى الزيادة ، فإذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختاران من هو أحسن أداء للثمن. وقوله (إلا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لايتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأى إلا فى الخصومة ، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء . وقوله (والرأى يحتاج إليه سابقا) إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ،

(قوله يعنى أن أحد الوكيلين الخ) أقول : لعله بيان لخلاصة المعنى ، وإلا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة إلى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية إليه ، إذ المستثنى منه وهو كلام القدورى مطلق عن الاحتياج إلى الرأى كما لايخفى .

(قال : أو بطلاق زوجته بغير عوض أوبعتق عبده بغيرعوض أوبردّ وديعة عنده أوقضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لايحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء . وهذا

والموكل إنما رضى برأيهما . وجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك (قال) أى القدورى فى مختصره (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أى أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض ، فإن لأحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أى أو أن يوكلهما بعتق عبده بغير عوض ، فإن لأحدهما أن يعتقه وحده (أو برد ّ وديعة عنده) أى أو أن يوكلهما برد وديعة . فإن لأحدهما أن يردها منفردا . قيد بردها ، إذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما أن ينفرد بالقبض . صرح به فى الذخيرة . فقال : قال محمد رحمه الله فى الأصل : إذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنا لأنه شرط اجتماعهما على القبض ، واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة . لأن حفظ اثنين أنفع . فإذا قبض أحدهما صار قابضا بغير إذن المالك فيصير ضامنا . ثم قال : فإن قيل : ينبغى أن يصير ضامنا للنصف . لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف. قلنا : كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه ، وأما فى حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شىء منه انتهى. وذكر صاحب العناية مضمون ما فى الذخيرة هاهنا . ولكن ما عزاه إلى الذخيرة . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية : وفيه كلام ، وهوأن هذا إنما يتم فيا يقسم عند أبى حنيفة على ماسيجىء فى الوديعة انتهى . أقول : ليس كلامه بشىء ، إذ منشؤه الغفول عن قيد الإذن ، فإن الذى سيجىء فى الوديعة هو أنه إن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لايقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبى حنيفة : وقالا : لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر فى الوجهين انتهى . ولا يخفى أن المفهوم منه أن لايجوز حفظ أحدهما الكل بلا إذن صاحبه فى الوجهين معا بلا خلاف ، وأن لايجوز ذلك بإذن الآخر أيضا فيا يقسم عند أبى حنيفة خلافا لهما . وما ذكر فى الذخيرة وفى العناية إنما هو فيا إذا قبض أحدهما الكل بغير إذن صاحبه ، فهو تام ّ فى الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أى أو أن يوكلهما بقضاء دين على الموكل ، فإن ّ لأحدهما الانفراد فيه أيضا (لأن هذه الأشياء) يعنى الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد ّ الوديعة وقضاء الدين (لايحتاج فيها إلى الرأى بل هو) أى بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أى تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف فى المعنى (وهذا) أى جواز

لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأى والموكل رضى برأيهما . ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك . وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى . فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز ، وكذا بالعتق المفرد ؛ وكذا إذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لايحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ؛ ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن ، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع ، فإذا قبض أحدهما كان قابضا بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأمور بقبض النصف إذا كان مع صاحبه . وأما منفردا فغير مأمور بقبض شىء منه . قوله (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما ،

(قوله وجه ذلك أن المقصود الخ) أقول : ناظر إلى قوله إشارة إلى دفع قول من قال الخ (قوله ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ) أقول : أى نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لايقسم . ثم أقول : هذا عام لما يقسم ومالا يقسم كما لايخفى ، بل هذا ظاهر فيما لايقسم (قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ) أقول : بين فيما يقسم إذ علم من أول الكلام حال مالا يقسم أو بالأولوية ، ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لايقسم مأمور بقبض النصف أيضا ، وفى النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيتم الكلام فى قسمى الوديعة فافهم . ثم اعلم أن قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر .

بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أوقال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس . ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .

انفراد أحدهما (بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما . أو قال أمرها بأيديكما) حيث لايجوز انفراد أحدهما فى هاتين الصورتين (لأنه) أى لأن ما قاله لهما فيهما (تفويض إلى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ؛ ونوّر ذلك بقوله(ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر فى باب تفويض الطلاق . وإذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلايقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر. قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر ، إذ بإيقاع النصف تقع تطليقة كاملة . فإن قيل : الإبطال هنا ضمنى فلايعتبر . وأجيب بأنه لاحاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما إلى الاجتماع . وقال بعض الفضلاء: قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ، ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا انتهى . أقول : جميع مقدمات دليله على النقض سقيم،أما قوله فإنه تمليك أيضا فلأنه خلاف المقرر ، لأن قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لاتمليك، وقد صرح به المصنف فى باب تفويض الطلاق حيث قال: وإن قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس وبعده ، وله أن يرجع لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس . بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لاتوكيلا اهـ . وأما قوله كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة فلأنه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله ، وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا فلأنه خلاف المصرح به ـ ألا يرى إلى قول المصنف فى أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق : ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع انتهى . وإلى قوله فى أواسط فصل الأمر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولأنه) أى الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أىفاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين : أى بدخولهما الدار مثلا . يعنى يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعا ، حتى لو قال : إن دخلتما الدار فهى طالق لاتطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا ، فكذلك هاهنا لايقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا . قال صاحب النهاية : قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجع إلى قوله طلقاها إن شئتما . وقوله لأنه تفويض إلى رأيهما راجع إليه . وإلى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه فى جعل قوله ، ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجعا إلى قوله طلقاها إن شئتما كثير من الشراح ؛ فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال : قوله ولأنه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها إن شئتما، ومنهم من أظهره فى أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما ، حتى لو قال إن دخلتما الدار فهى طالق لاتطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا، فكذاهنا فى قوله طلقاها إن شئتما لايقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا. أقول : وأنا لا أرى بأسا فى إبقاء كلام المصنف هاهنا على ظاهر حاله، وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما يوجد أيضا فى صورة إن قال لهما أمرها بأيديكما ، وقد صرح المصنف فى فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق بأن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق . وقال الشراح فى بيانه : وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت

(بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما . أو قال أمرها بأيديكما ، لأنه تفويض إلى رأيهما ؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر . وإذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر . قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر. فإن قيل : الإبطال ضمنى فلا يعتبر . أجيب بأنه لاحاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع (قوله ولأنه) متعلق بقوله طلقاها إن شئتما ،

(قوله ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول : منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة، ولا مدخل لاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا .

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوّض إليه التصرّف دون التوكيل به . وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء .

طالق انتهى . ولذلك لم أخصص قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما . بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدورى فى مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به ، لأنه) أى الموكل (فوّض إليه) أى إلى الوكيل(التصرّف) أىالتصرف الذى وكل به(دون التوكيل به) أى لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أىعدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (لأنه) أى لعلة أن الموكل (رضى برأيه) أى برأى الوكيل (والناس متفاوتون فىالآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأى غيره فيكون الوكيل فى توكيل الغير مباشرا غيرما أمربه الموكل ولا تجوز . قال صاحب العناية : وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به. فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه فىرأى الأول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة فىالقوة فىالرأى لما يكون بحسب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الأمور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه فى هذا التصرف، فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى . أقول : الجواب الذى ذكره إنما يدفع الوجه الأول من التشكيك المذكور دون الوجه الثانى منه، لأن قبول توكيل الأول وإن كان مناقضا لظن الموكل، إلا أن ردّ توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأى الوكيل كما ذكره فى الوجه الثانى منه، فما الرجحان فى إيثار هذا التناقض على ذلك التناقض؟ثم أقول فىالجواب عن الوجه الثانى منه : إن الموكل إنما رضى برأىالوكيل فى تصرف خاص وهوما وكل به من البيع أو الشراء أو الإجارة أو نحو ذلك، والتوكيل ليس بداخل فى ذلك التصرف فلا تناقض فى ردّ توكيله ، وإنما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل فى التوكيل أو برأيه مطلقا ، ولهذا إذا أذن له الموكل فى التوكيل أوقال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتى . واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء بأن الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا . أقول : أصل الدليل أنه رضى بفعله دون فعل غيره، والناس متفاوتون فى الأفعال

فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق ، فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لايقع الطلاق ، فكذا هاهنا . فإن قيل : ففى قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ، ويقع بإيقاع أحدهما . أجيب بالمنع ، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك ، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شئتما . فإن قيل : فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا إلى رأيهما . أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأى بخلاف الأمر باليد . قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل بـه لأنه فوض إليـه التصرف فيما وكل به ، والتوكيل ليس بتصرف فيـه . (قوله وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء) وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أوقويه فى رأى الأول لما وكله ، فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لايجتمعان . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة فى الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الأمور ولم يأذن له

(قوله فإن قيل فاجعله) أقول : الضمير فىقوله فاجعله راجع إلى قوله طلقاها فىقوله فإن قيل فىقوله طلقاها الخ(قال المصنف: لأنه رضى برأيه) أقول : الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا الخ) أقول: فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الأولى (قوله وأيضا الرضا برأى الوكيل الخ) أقول : لايذهب عليك أنه إنما رضى برأيه فى التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون ،وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فإنه ينبغى أن يحمل كلام الشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه) أقول: الضمير فى قوله أو قويه راجع إلى قوله رأيا ،

قال (إلا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لايملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول ، وقد مرّ نظيره فى أدب القاضى .

فيعم مايعمه المدعى ، إلا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال : لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء (قال) أى القدورى فى مختصره (إلا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به ، فإنه إذا أذن له فى ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أى لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطف على يأذن له الموكل : أى أو إلا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لإطلاق التفويض إلى رأيه) أى إلى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الإجازة . قال المصنف (وإذا جاز فى هذا الوجه) أى إذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه وذلك بأن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثانى) أى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لاعن الوكيل الأول (حتى لايملك الأول) أى الوكيل الأول (عزله) أى عزل الوكيل الثانى (ولا ينعزل) أى الوكيل الثانى (بموته) أى بموت الوكيل الأول (وينعزلان) أى الوكيل الأول والوكيل الثانى (بموت الأول) أى بموت الموكل الأول (وقد مر نظيره فى أدب القاضى) وهو ما ذكره فى فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك ، إلى أن قال : وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الأصل حتى لايملك الأول عزله . أقول : والعجب من الشراح هاهنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية أنهم قالوا فى بيان مامر نظيره فى أدب القاضى وهو ماذكره هناك بقوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك . إلى أن قال : ولوقضى الثانى بمحضر من الأول أوقضى الثانى فأجازه الأول جازكما فى الوكالة ، فحققوا

بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لائمة من يفوقه فى هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله إلا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل ، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضى برأى غيره أو أطلق التفويض إلى رأيه . وذلك يدل على تساويه مع غيره فى التصرف فى ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه ، وإذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لايملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره فى أدب القاضى حيث قال : وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك إلى آخر ماذكر ثمة ، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور الرأى وقد حصل. قيل أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الإجازة صريحا ذكره فى الذخيرة ، فما الفرق بينهما ؟ وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال : محمد رحمه الله قال فى الجامع الصغير : إذا باع الوكيل الثانى بحضرة الأول جاز ، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول ، وهكذا ذكره فى وكالة الأصل فى موضع ، وذكر فى موضع آخر منها وشرط إجازته قال إذا باع الوكيل الثانى والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز . حكى عن الكرخى رحمه الله أنه كان يقول : ليس فى المسئلة روايتان ، ولكن ماذكر مطلقا فى بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحمل المطلق على المقيد ، وإلى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله . وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم ، وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده محتاج إلى الإجازة البتة ، ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين ، ووجه عدم الجواز بدونها ماذكر . ووجه الجواز أن المقصود

(قوله أنه ظن أن لائمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول : الظاهر أن يقال فى هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول : يعنى قبول توكيله جبرا من الشرع (قال المصنف : حتى لايملك الأول عزله) أقول : فيه أنه ينبغى أن يملك عزله فيما إذا قال الموكل اعمل برأيك (قوله وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال : محمد قال فى الجامع الصغير الخ) أقول : قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال فى الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثانى فضوليا وعقده محتاج إلى الإجازة البتة) أقول : الضمير فى قوله وعقده راجع إلى قوله فضوليا

قال (فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر ؛

الكلام فى قوله كما فى الوكالة مع أن نظير ماذكره المصنف هنا إنما هو ماتركوه ،وهو قوله هناك بعد ذكر ماذكروه : وإذا فوّض إليه يملكه يصير الثانى نائبا عن الأصل حتى لايملك الأول عزله ، وكأنهم إنما اغترّوا بما فى قوله كما فى الوكالة من التشبيه بالوكالة، لكن مراده بذلك إنما هو التشبيه بما سيأتى من أنه إن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لايخفى . بقى هاهنا بحث ، وهو أن قول المصنف حتى لايملك الأول عزله ظاهر فى صورة أن يأذن له الموكل فى التوكيل لأن الإذن له فى ذلك لايقتضى الإذن له فى العزل أيضا ، وأما فى صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لأنهم صرحوا بأن قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل فى عمومه توكيل الوكيل غيره ، وأنه إثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك ، فحينئذ ينبغى أن يملك الوكيل الأول عزل الوكيل الثانى أيضا بعموم وكالته عن الموكل الأول ، وبكونه كالمالك بإثبات صفة المالكية له ، كما أن للقاضى أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه إذا فوض إليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ماعرف فى محله . ويؤيد هذا ما ذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال : رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ماصنعت من شىء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ، ويكون الوكيل الثانى وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل. حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جنّ أو ارتدّ أولحق بدار الحرب لاينعزل الوكيل الثانى ، ولو مات الموكل الأول أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ، ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثانى جاز عزله لأن الموكل الأول رضى بصنيع الأول وعزل الأول الثانى من صنيع الأول ، إلى هاهنا كلامه . ولا يخفى أن الموكل الأول فيما نحن فيه أيضا رضى بعمل الوكيل الأول برأيه ، وأن عزل الوكيل الأول الثانى من عمله برأيه فينبغى أن يجوز عزله إياه . والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن وكل) أى الوكيل (بغير إذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الأول (جاز) أى جاز العقد (لأن المقصود) أى مقصود الموكل الأول (حضور رأى الأول) أى حضور رأى الوكيل الأول (وقد حضر) أى وقد حضر رأيه فى الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد. قال صاحب النهاية : فإن قلت : ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه فإنه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه، بل لابد من الإجازة صريحا كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط .قلت : ما ذكره فى الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الأول محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثانى لا مطلق الحضرة ،هكذا ذكر فى الذخيرة . وقال:

حضور الرأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة ، بخلاف الغيبة ، وعلى هذا أحد وكيلى البيع ، وفيه نظر . أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل ، وليس ذلك نصا فى اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط ، وأما فى تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود هو الرأى ، وقد حضر كما ذكره . وتوجيه كونه فضوليا فى أحد وكيلى البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه مأمور من الموكل فى الجملة ، بخلاف وكيل الوكيل ، ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد

(قوله وهو أصل) أقول : الظاهر أن يقال وهو حاصل (قوله وفيه نظر ، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا الخ) أقول : أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الأول عطف على قوله إذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما . نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره فتأمل . ثم أقول: لايخفى عليك أن مآل ماذكره تخطئة مشايخنا فى مثل ذلك الأمر اللى لايخفى على أصاغر الطلبة ، والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن فى أثناء تقرير دليل المسئلة أوغيره ، بل الظاهر أن ماذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها وأوجزوها (قوله فلأنه معارض بأن المقصود الخ) أقول : وإذا تعارضا تساقطا وبقى كون الأصل فى التوكيل المخصوص سالما عن المعارضة فلا يجوز بلا إجازة فتأمل (قوله وتوجيه كونه فضوليا ، إلى قوله : بخلاف وكيل الوكيل) أقول: هو غير مأمور بالتصرف استقلالا فيكون فى تصرفه كذلك فضوليا ؛ ألا ترى أن أحدهما إذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق فى الصحيفة السابقة .

وتكلموا فى حقوقه .

ثم إن محمدا رحمه الله قال فى الجامع الصغير : إذا باع الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول . وهكذا ذكر فى وكالة الأصل فى موضع . وذكر فى موضع آخر من وكالة الأصل وشرط إجازته فقال : إذا باع الوكيل الثانى والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول جاز . وحكى عن الكرخى أنه كان يقول : ليس فى المسئلة روايتان . ولكن ما ذكر مطلقا فى بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحمل المطلق على المقيد . وإلى هذا ذهب عامة المشايخ ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له فى ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة . ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لايجوز عقد هذا الفضولى إلا بإجازته . لأن الإجازة لبيع الفضولى لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا ، كذا هاهنا . ومتى أجاز فإنما يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولى. ومنهم من يجعل فى المسئلتين روايتين . وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع الثانى حال غيبة الأول إنما لايصح لتعرّى العقد عن رأى الأول . ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأى الأول . وعلى هذا أحد وكيل البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة فباع بحضرته ، فى رواية لايجوز إلا بإجازته . وفى رواية يجوز من غير إجازته انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع . قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب : وفيه نظر . أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب . فأجاز الوكيل . وليس ذلك نصا فى اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط ، وأما فى تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود وهو الرأى وقد حضر كما ذكره انتهى . وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال : أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله إذا باع الوكيل الثانى الخ فيكون متعلقا بكل منهما . نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره انتهى . أقول : وفيه نظر ، لأنه يجوز أن تكون الفاء فى قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف . كما فى قولك : زيد فاضل فأكرمه ، ونحو الذى يطير فيغضب زيد الذباب على ماذكروا فى موضعه ، ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفا على قوله إذا باع الوكيل الثانى الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدى المعطوف عليه : أعنى قوله والوكيل الأول حاضر أو غائب ، إذ قد تقرر فى محله أن العطف على مقيد بشىء إنما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشىء فيما إذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه ، كما فى قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا . وقولنا إن جئتنى أعطك وأكسك . وأما فيما لايتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك فى شىء ، وما نحن فيه من هذا القبيل كما لايخفى ، فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين ، والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك ، فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه انتهى . قال المصنف (وتكلموا فى حقوقه) أى فى حقوق عقد الثانى بحضرة الأول : يعنى إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون ؟ لم يذكره محمد فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه . قال الإمام المحبوبى : منهم من قال العهدة على الأول لأن الموكل

الوكيلين . والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لامحالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه . هذا ماسنح لى فى هذا الموضع ، والله أعلم بالصواب . (قوله وتكلموا فى حقوقه) يعنى إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون ؟ لم يذكره محمد رحمه الله فى الجامع الصغير ، وتكلم المشايخ رحمهم الله فى ذلك ؛ فمنهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضى بلزوم العهدة عليه لا الثانى . ومنهم من قال على الثانى إذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الأول ، والثانى

(وإن عقد فى حال غيبته لم يجز) لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه) لأنه حضر رأيه (ولو قدّر الأول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لأن الرأى فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل ، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن ، لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه . أما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه فى معظم الأمر وهو التقدير فى الثمن .

إنما رضى بلزوم العهدة على الأول دون الثانى ، ومنهم من قال العهدة على الثانى إذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الأول ؛ والثانى كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول ينعزل الوكيل الثانى بموته . ولا ينعزل بموت الموكل الثانى وهو الوكيل الأول ، كذا فى الملتقط . وقال فى الذخيرة : ثم إذا باع أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الجامع الصغير ، وذكر البقالى فى فتاواه أن الحقوق ترجع إلى الأول . وفى حيل الأصل والعيون أن الحقوق ترجع إلى الثانى انتهى . وقال فى فتاوى قاضيخان : فإن وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الأول جاز . وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض ، وذكر فى الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثانى وهو الصحيح انتهى (وإن عقد) أى الوكيل الثانى (فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الوكيل الأول (لم يجز)أى لم يجز العقد (لأنه فات رأيه) أى رأى الوكيل الأول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (إلا أن يبلغه) أى إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثانى الوكيل الأول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه(وكذا لو باع غير الوكيل) أى وكذا يجوز لو باع الأجنبى (فبلغه) أى فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه)أى فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لأنه حضره رأيه) أى بإجازته (ولو قدّر الأول) أى الوكيل الأول (الثمن) أى ثمن ما أمر ببيعه (للثانى) أى للوكيل الثانى الذى وكله بغير إذن موكله بأن قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) أى فعقد الثانى بذلك الثمن المقدّر بغيبة الأول (يجوز) أى العقد(لأن الرأى يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) إنما قال ظاهرا احترازا عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أى وقد حصل تقدير الثمن الذى هو المقصود بالرأى . واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف ؛ وعلى رواية كتاب الوكالة لايجوز لأن تقدير الثمن إنما يمنع النقصان لا الزيادة ، فلو باشر الأول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته . قال المصنف (وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن) فإنه لايجوز بيع أحدهما بذلك المقدار(لأنه لما فوّض إليهما) أى لأن الموكل لما فوّض الرأى إلى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى) الذى لايماطل فى تسليم الثمن (على ما بيناه) إشارة إلى قوله فيما مر والبدل وإن كان مقدرا ، ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى (أما إذا لم يقدّر) أى الموكل (الثمن وفوّض إلى الأول) أى وفوض الرأى إلى الوكيل الأول (كان غرضه) أى غرض الموكل (رأيه) أى رأى الوكيل الأول (فى معظم الأمر) أى معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير فى الثمن) وذلك لأن المقصود من

والثانى كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى (وإن عقد الثانى فى غيبة الأول لم يجز) لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه ، كما لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه بحضور رأيه ، ولو قدّر الوكيل الأول الثمن للثانى فعقد بغيبته جاز لأن الرأى يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير ، وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله ، وعلى رواية كتاب الوكالة لايجوز لأن الأول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته ، وإنما قال ظاهرا احترازا عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن فإنه لايجوز بيع أحدهما بذلك المقدار ، لأنه لما فوّض إليهما

(قوله حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى) أقول : فيه نظر ، إذ يقال ثبت العرش ثم انقشه ٧ .

قال (وإذا زوج المكاتب أوالعبد أوالذمى ابنته وهى صغيرة حرّة مسلمة أوباع أواشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ؛ ألا يرى أن المرقوق لايملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ؛ وكذا الكافر لاولاية له على المسلم حتى لاتقبل شهادته عليه ؛ ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر . والرقّ يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما

البياعات الاسترباح ، والعادة جرت فى الوكالة أن يوكل الأهدى فى تحصيل الأرباح .وذلك إنما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول . فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة. كذا فى الشروح. أقول : لقائل أن يقول : اختيار المشترى الذى لايماطل فى تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضا كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وإن كان مقدرا ؛ ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى ، فكيف يتم أن يقال هاهنا : فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرّة مسلمة أو باع)أى أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أى الصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شىء من تصرفاتهم المذكورة . قال المصنف (معناه)أى معنى قول محمد : أو باع أو اشترى لها (التصرف فى مالها) أى فى مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء ؛ وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين : أحدهما أن يشترى لها شيئا من مال نفسه ؛ والآخر أن يشترى لها بمالها. ولما كان الأول جائزا لامحالة كان المراد هاهنا هو الثانى . وقال فى تعليل المسئلة (لأن الرقّ و الكفر يقطعان الولاية)يعنى أن التصرفات المذكورة من باب الولاية ، والرقّ فى العبد والمكاتب والكفر فى الذمى يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لايملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره) يعنى إذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الأولى. لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لاولاية له على المسلم) لقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ (حتى لاتقبل شهادته) أى شهادة الكافر (عليه) أى على المسلم (ولأن هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظرية)أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أى تفويض هذه الولاية (إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة(والرقّ يزيل القدرة) قال الله تعالى ـ ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر على شىء ـ (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لايخفى (فلا تفوّض إليهما)

مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة ؛ واختيار المشترى على مامر من قوله ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى. وأما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه فى معظم الأمر وهو التقدير فى الثمن ، وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح ، والعادة جرت فى الوكالات أن يوكل الأهدى فى تحصيل الأرباح ، وذلك إنما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ، فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة . قال (وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته) إذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة مسلمة حرّة أو باع أو اشترى لها . يعنى تصرف فى مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك ، وإنما احتاج إلى التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه ، وذلك جائز لامحالة لأن التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرقّ . أما الرقّ فلأن المرقوق لايملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وهو محجورعن التصرف المالى إلا بتوكيل من غيره وليس بموجود . وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ ولهذا لاتقبل شهادته عليه،ولأنها ولاية نظرية وهى تحتاج إلىقدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر، والرقّ يزيل القدرة. والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرتدّ إذا مات على ردته والحربى كذلك

(قوله فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه الخ) أقول : اختيار المشترى أيضا من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الأول الثمن تكون النيابة فى مجرد العبارة .

(قال أبويوسف ومحمد : والمرتدّ إذا قتل على ردته والحربى كذلك) لأن الحربى أبعد من الذمى فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح .

أى فلا تفوض هذه الولاية النظرية إلى العبد والكافر . قال الشارح العينى : وفى بعض النسخ : إلى العاقد المشفق مكان القادر المشفق ، وجعل الشارح الكاكى هذه النسخة أصلا . وقال : وفى بعض النسخ إلى القادر مكان العاقد . أقول : وأنا لم أر نسخة إلى العاقد قط ولم أجد لها وجها هاهنا ، إذ لايوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لايخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرتدّ إذا قتل على ردّته والحربى كذلك) أى لايجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله . قال الشراح : إنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتدّ بالبيع والشراء ونحوهما نافذة ، وإن قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما فى تصرفاته على ولده ومال ولده فإنها موقوفة بالإجماع . أقول : قد أدرج فى قولهما الحربى أيضا ، والعذر الذى ذكروه لايجرى فيه قطعا فلا يتم (لأن الحربى) وإن كان مستأمنا (أبعد من الذمى) لأن الذمى صار منا دارا وإن لم يصر منا دينا . وقد تحقق منه ماهو خلف عن الإسلام وهو الجزية ، بخلاف الحربى فإنه لم يتحقق فى حقه شىء من الأصل والخلف (فأولى بسلب الولاية) أى فالحربى أولى بسلب الولاية : يعنى إذا سلبت ولاية الذمى كما عرفت فالحربى أولى بسلبها (وأما المرتدّ فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أى لكن تصرفه (موقوف) أى موقوف على إسلامه ، إن أسلم صح ، وإن مات أوقتل أولحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع إليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية : يعنى لكن تصرفه : أى ولايته على ولده ومال ولده موقوف على إسلامه (بالإجماع) متعلق بقوله موقوف . أقول : لايخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن فى كلام المصنف هاهنا تعقيدا قبيحا واحتياجا إلى بيان معناه بالوجه الذى شرحناه به . وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلا مع تقيدهم بكثير من الأمور الجزئية البينة فى مواضع شتى . فحق العبارة هاهنا ماذكره صاحب الكافى حيث قال : وأما المرتدّ فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع (لأنها) أى لأن ولاية الأب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أى بسبب اتفاق الملة بين الأب والولد (وهى) أى الملة (مترددة) فى حق المرتد لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجوّ الوجود لأن المرتدّ مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقرّ جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل) أى تصرفه (وبالإسلام) أى بالعود إلى الإسلام (يجعل) أى المرتدّ (كأنه لم يزل مسلما فيصح) أى تصرفه . أقول : بقى فى هذا المقام شىء ، وهو أن ماذكره من قوله وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته إلى هاهنا ليس من مسائل الوكالة قط ، وقد وجد ذكره مرة فى باب الأولياء والأكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه : ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ، لأنه لاولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لاتثبت على غيرهم ، ولأن هذه ولاية نظرية ، ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء ، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى

لأن الحربى أبعد من الذمى وإن كان مستأمنا ، لأن الذمى صار منا دارا وإن لم يصر منا دينا ، وقد تحقق منه ماهو خلف عن الإسلام دون الحربى ، فإذا سلبت ولاية الذمى فالحربى أولى . وأما المرتدّ فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع إن أسلم جاز ، وإلا فلا لأنها ولاية نظرية ، وذلك أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة ، والملة مترددة لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجوّة الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف ، فإن قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده ، وإن أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فصحت . ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما فى نفوذ تصرفات المرتدّ خص قولهما بالذكر بقوله قال أبويوسف ومحمد وإن كانت المسئلة بالاتفاق .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر . هو يقول رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به .

ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ ولهذا لاتقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى . فذكره مرة أخرى سيما فى كتاب الوكالة بعيد المناسبة .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته ، وذلك فى الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن . أولأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور ، كذا فى العناية . وذكر الوجه الثانى فى سائر الشروح أيضا . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث ، لأنا لانسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وانظر إلى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها اهـ . أقول : هذا ساقط جدا لأن المراد أن الخصومة بحقيقتها وهى المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ـ ولا تنازعوا فتفشلوا ـ وإنما شرعت ووقعت من الأشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتى بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا ، وقد وقع التصريح به هاهنا أيضا فى عبارة كثير من الشراح حيث قالوا : لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ـ ولا تنازعوا فتفشلوا ـ حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أى القدورى فى مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه فى رواية ليتناول الوكيل بالخصومة فى العين والدين جميعا ، فإن الإمام المحبوبى قد ذكر أن الوكيل بالخصومة فى العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أى عند علمائنا الثلاثة ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فإنه يقول : الوكيل بالخصومة لايكون وكيلا بالقبض ، وبه قال الشافعى فى الأظهر ومالك وأحمد . وعن الشافعى فى وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أى زفر (يقول) إنه (رضى) أى الموكل (بخصومته) أى بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لأن الخصومة قول يستعمل فى إظهار الحقوق والقبض فعل حسى (ولم يرض به) أى ولم يرض الموكل بالقبض إذ يختار للخصومة فى العادة ألح الناس وللقبض آمن الناس ، فمن يصلح

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء ، لأن الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته ، وذلك فى الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن ، أو لأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور . قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض : أى بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله . هو يقول رضى بالخصومة وليس القبض بخصومة) لأن الخصومة قول يستعمل فى إظهار الحق والقبض فعل حسى (ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله لأن الخصومة تقع) أقول : أى قد تقع (قوله أو لأنها مهجورة شرعا) أقول ، قوله أو لأنها مهجورة معطوف على قوله لأن الخصومة الخ فيه بحث لأنا لا نسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة ، وانظر إلى تفسيره الخصومة هل فيه مايوجب هجرها (قوله لأن الخصومة قول يستعمل فى إظهار الحق والقبض فعل حسى) أقول : فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام الخ) أقول : مخالف لما أسلفه فى أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مافوض إليه .

ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض . والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال . ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه فى معناه وضعا .

للخصومة ملك من لا يرضى بأمانته عادة (ولنا أن من ذلك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعنى أن الوكيل بالشىء مأمور بإتمام ذلك الشىء، وإتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة باقية مالم يقبض، وذلك لأنه مالم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل ، ويحتاج إلى المرافعة بإثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط والأسرار. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية. وقال صاحب العناية فى تقريره : ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به : وقد أمر بالخصومة والخصومة لاتتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضى أوغيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب اه . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله : ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به يخالف لما أسلفه فى أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه . أقول : ليس هذا بشىء، فإن منشأه الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله إن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به، إذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به وإلا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعا، ومعنى ماذكره فى أوائل كتاب الوكالة أن الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل مافوض إليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل إياه أو عزل الوكيل نفسه وإعلامه الموكل، ثم رد عليه أيضا ذلك البعض فى قوله والخصومة لاتتم إلا بالقبض بأنه إن أريد قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد مايعمه وقبض الموكل فسلم، ولكن لا يترتب عليه مطلوبه . أقول : المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل، ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة : وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، لأنه لما فوض الموكل الخصومة إلى الوكيل والتزم الوكيل إقامتها دخل فى ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة إلا به وهو القبض فلكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال)ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة. أما نصا فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد أيضا ، كذا ذكره الإمام المحبوبى فى جامعه، وذكر فى الشروح أيضا إلا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك : وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب . قال المصنف (ونظيره) أى نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فإنه (يملك القبض على أصل الرواية) وهو رواية الأصل (لأنه فى معناه وضعا) أى لأن التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع ، وعن هذا قال فى الأساس تقاضيته دينى وبدينى ، واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى : أى أخذته . وقال فى القاموس : وتقاضاه الدين قبضه منه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن فسر قول المصنف لأنه

بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لاتتم إلا بالقبض) لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضى أوغيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء) ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة . أما نصا فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد رحمه الله ، وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب (ونظير هذا الوكيل بالتقاضى فإنه يملك القبض على أصل الرواية لأنه فى معناه وضعا)

(قوله والخصومة لاتتم إلا بالقبض) أقول : إن أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد مايعمه وقبض الموكل فسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الإنكار بعد ذلك الخ) أقول : قد سبق من الشارح فى فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر ، والنادر لا حكم له فراجعه (قال المصنف : لأنه فى معناه وضعا) أقول : : ولأن الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع ماطلة المطلوب ، وإنما يحصل هذا القطع بالقبض

إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لايملك .

فى معناه وضعا بقوله : أى لأن التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر . لأنه قال فى المغرب : تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه . واقتضيت منه حقى أخذته . وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه : قلت لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض . أقول : بل لاوجه لما قال : لأن وجه النظر هو أن المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لابمعنى القبض كما ذكره المصنف ، ولا يدفعه قوله لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض : إذ لا شك أن معنى قوله إنه فى معناه وضعا أنهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ، ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لاغير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا . ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور : لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الأصلى كما ستعرفه . فحينئذ لايكون مخالفا لما ذكره المصنف ، وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الأخذ والقبض بناء على أصل الوضع . ويرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ، ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه ، وإلا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الأساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث قال : واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (إلا أن العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع لأن الناس لايفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أى العرف (قاض على الوضع) أى راجح عليه لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لايفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز ، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه (والفتوى على أن لايملك) يعنى فتوى المشايخ اليوم على أن لايملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اهـ كلامه . أقول : لاالنظر شىء ولا الجواب . أما الأول فلأن الحقيقة فى لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالإمام فخر الإسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما . قال فى المحيط البرهانى : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة . هكذا ذكر محمد فى الأصل . ثم قال : وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لايملك القبض ، كذا جرت العادة فى ديارنا ، وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة إلى هنا كلامه . وأما الثانى فلأن كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبى حنيفة لم يرجع عنه قط ، فلو كانت الحقيقة فى لفظ التقاضى مستعملة لم يصح قول المصنف ، وهو قاض على الوضع على أصل أبى حنيفة قطعا ، ولم يكن للمشايخ الفتوى على العرف فى مسئلتنا هذه ، إذ يلزم حينئذ ترك أصل إمامهم المجتهد . وليست وظيفتهم إلا الجريان على أصله الكلى ، وإن جاز لهم بعض من التصرفات

يقال تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى : أى أخذته (إلا أن العرف بخلافه) لأن الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لاالقبض (والعرف قاض على الوضع) وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة رحمه الله . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ، ولا كلام فيه وإنما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على

كذا فى المحيط ، وهذا التعليل أنسب بأصل الإمامين إذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل (قوله وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة الخ) أقول : وفى نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لأن الحقيقة مستعملة ، كيف والزيلعى وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بأنها مهجورة . ونص عبارة الزيلعى : ومعنى التقاضى الطلب فى العرف فصار بمعنى الخصومة ، وهى فى أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى ، يقال قضى دينه واقتضيت منه دينى : أى أخذت ، والعرف أملك فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا (قوله والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية الخ) أقول : النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس فى الجواب مايدفعه . والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع

قال (فإن كانا وكيلين بالخصومة لايقبضان إلا معا) لأنه رضى بأمانتهما لابأمانة أحدهما . واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على مامر . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالا : لايكون خصما وهو :

فى الفروع الجزئية . لايقال : يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد : فإن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما . لأنا نقول : الذى يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لايقع خلاف فى هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ، ألا يرى إلى قول محمد فى الأصل : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة . ولو كان لأصلنا المذكور تأثير فى هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها ، على أن صاحب التلويح قال : وفى كلام فخر الإسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف إنما يترجح عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه كما فى مسئلة أكل الحنطة اهـ . ولا يخفى أن الأمر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لأصلهما المذكور هاهنا رأسا ، فلا مجال لأن يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ .

فالتحقيق فى هذا المقام أن التوكيل بالتقاضى كان مستعملا على حقيقته فى الأوائل ، ولم يجر العرف على خلاف ذلك فى تلك الأيام ، فكان الوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاتفاق على ما وقع فى أصل الرواية . وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة فى الوكلاء وجرى العرف على أن جعلوا التقاضى فى التوكيل بالتقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضى لايملك القبض بالاتفاق بناء على الأصل المقرّر المتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق فى المقام غبار أصلا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (فإن كانا) أى الرجلان (وكيلين بالخصومة لايقبضان إلا معا) أى لايقبضان حق الموكل إلا مجتمعين (لأنه) أى الموكل (رضى بأمانتهما لابأمانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أى اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فإنهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور (بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على مامرّ) أشار به إلى قوله لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالإجماع على ما سيجيء ، والكلام فيه يرجع إلى أصله . وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة ، لأن التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لاغير ، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ، كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الأصل فى دليل المسئلة . ونقل فى الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لايملك الخصومة إجماعا إن كان الوكيل من القاضى كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب ، كذا فى غاية البيان . ثم إن المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة فى هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أى على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) أى على استيفاء الدين من المديون (أو إبرائه) أى أو على إبراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) أى تقبل البينة عند أبي حنيفة . وفى الذخيرة : إذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته ؟ على قول أبي حنيفة تقبل ، وعلى قولهما لاتقبل (وقالا : لايكون خصما) أى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لايكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أى قولهما

العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء . قالوا على العرف فلا يملك القبض (وإن وكل وكيلين بالخصومة لايقبضان إلا معا لأنه رضى بأمانتهما لابأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن ، بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن (لما مر) أنه يفضى إلى الشغب فى مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله ، فإذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالا : لايكون خصما فلا تقبل بينة الخصم ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما لأنه وكيل بالقبض والخصومة

بحسب الفتوى (قوله لأنه وكيل بالقبض الخ) أقول : لايذهب عليك أن ماذكره فى صورة التعليلين المستقلين ينبغى أن يجعل تعليلا واحدا

رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن القبض غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ قبض الدين نفسه لايتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه .

(رواية الحسن عن أبى حنيفة) وبه قال الشافعى فى الأصح وأحمد فى ظاهر الرواية (لأن القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أى بالخصومة (ولأبى حنيفة أنه) أى الموكل (وكله بالتملك) أى وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما فى ذمة المديون قصاصا (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (إذ قبض الدين نفسه) أى قبض نفس الدين (لايتصوّر) لأنه وصف ثابت فى ذمة من عليه (إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لأن الديون تقضى بأمثالها : يعنى أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفا ، إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الأداء . ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه . وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حلّ له الأخذ . هذا خلاصة ماذكره الجمهور فى شرح فى هذا المقام . وأما صاحب العناية فقال فى شرحه : لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لايجوز الاستبدال بها ، والتوكيل بقبض الدين ، فإنه إذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض ، إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان . والتوكيل بالاستقراض باطل اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ لمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لايجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى . والرسالة بالاستقراض جائزة ، وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال : وفى المسئلة نوع إشكال ، لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، فما قبضه ربّ الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا . وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح . والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى ، وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لابد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول : إن فلانا وكلنى بقبض ماله عليك من الدين كما لابدّ للرسول فى الاستقراض من الإضافة المرسل بأن يقول : أرسلنى فلان إليك يقول لك أقرضنى كذا ، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول أقرضنى فصح ما ادعيناه أنه رسالة معنى ، والرسالة بالاستقراض جائزة ، إلى هنا كلامه . ثم اعلم أن الإمام الزيلعى قد ذكر فى شرح الكنز ماذكره صاحب الذخيرة من الإشكال والجواب المزبورين وقال : هكذا ذكره فى النهاية وعزاه إلى الذخيرة ، ثم قال : وهذا سؤال حسن ، والجواب غير مخلص على قول أبى حنيفة ، فإنه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اهـ . أقول : ليس ذاك بسديد ، إذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لايكون خصما ، بل المراد أنه رسول

ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ، ولأن الوكيل بالقبض مؤتمن على المال ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى إلى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها . ولأبى حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض نفس الدين غير متصوّر لكونه وصفا ثابتا فى ذمة من عليه ، لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لايجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون ، فإنه إذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لاعين ماله ثم يتقاصان ، والتوكيل بالاستقراض باطل ، والوكيل بالتملك أصيل فى حقوق العقد ، والأصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان

لإثبات المطلوب . الأول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة ، والثانى لانتفائها دلالة واقتضاء (قوله إذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول : قال فى البدائع فى تعليله : لأن الدين إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال ، وإما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة ، وكل ذلك لايتصور استيفاؤه (قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول : عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالتملك أصيل فى حقوق العقد والأصيل فيها خصم فيها) أقول : يعنى والأصيل فى حقوق العقد خصم فى الحقوق . ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى ، وقوله والأصيل فيها خصم صغرى القياس الثانى .

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع فى الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتّى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك . والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء .

بالاستقراض بالنظر إلى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر إلى المقاصة الحاصلة بعد ذلك : وكونه خصما حكم مترتب على الثانى دون الأول فلا غبار على الجواب (فأشبه) أى الوكيل بقبض الدين (الوكيل بأخذ الشفعة) يعنى أنه أشبه ذلك فى كونه خصما ، فإنه إذا أقام المشترى البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع فى الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة : أى فأشبه أيضا الوكيل بالرجوع فى الهبة ، فإنه إذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء)بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة : أى فأشبه أيضا الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء : أى فأشبه أيضا الوكيل بالقسمة . فإن أحد الشريكين إذا وكل رجلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل (والردّ بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا : أى فأشبه أيضا الوكيل بالردّ بالعيب على البائع ، فإن البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل(وهذه) أى مسئلة الكتاب وهى مسئلة الوكيل بقبض الدين ، وفى بعض النسخ وهذا : أى الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أى أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء ، كذا صرحوا به فى شروح الجامع الصغير . واعلم أن شراح الهداية قد افترقوا فى تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه هاهنا فقال صاحب النهاية : أى الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء ، وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا ، لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين ، فقال صاحب العناية : قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذه أى مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء . وقال صاحب الغاية : قالوا فى شروح الجامع الصغير : إن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء . وقال تاج الشريعة : أى مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر ، وعلل ذلك بأن فى هذه المسائل مالم توجد المبادلة لاتثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين ، وإليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العينى أيضا ، ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الأخر من بين المسائل الأربع الباقية بعد مسئلة الوكيل بأخذ الشفعة . ثم إن المصنف بيّن وجه الأشبهية بقوله(حتّى يكون خصما قبل القبض) أى حتّى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أبى حنيفة قبل قبض الدين (كما يكون) أى كما يكون الوكيل (خصما قبل الأخذ) أى قبل أخذ العقار (هنالك) أى فى التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا . أقول : لايذهب عليك أن تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هاهنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه فى قوله فيما مر ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء ، فيكون معناه : أن مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء ، كما صرح به شراح الجامع الصغير وذُهب إليه فرقة من شراح الهداية ، واخترناه أيضا فى شرحنا هنالك بناء على هذا ، ولكن بقيت شبهة ، وهى أن الوكيل إن لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكّل به فى المسائل الأربع الباقية أيضا لايظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه إياها فقط وجه وإن كان خصما قبل ذلك فى تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما فى مسئلة التوكيل بالقسمة ، إذ لا شك أن الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل

كالوكيل بأخذ بالشفعة إذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فإنها تقبل والشفعة تبطل ، والوكيل بالرجوع فى الهبة إذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فإنها تقبل والرجوع يبطل ، والوكيل بالشراء فإنه خصم يطلب حقوق العقد ، وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل ، وبالردّ بالعيب على البائع فإنه إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل. قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذه أى مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء ، لأن الوكيل فى هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون

وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها . قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لأنه أمين محض . والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذى هو فى يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع ،

بالقسمة ما وكل بتقسيمه على أن الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته : لايظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه . إذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) إشارة إلى مطلع نكتة أبى حنيفة بقوله إنه وكله بالتملك (لأن المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق : يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة . والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة ، كذا فى النهاية وأكثر الشروح . وقال صاحب العناية : قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبى حنيفة ، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق اهـ . فعليك الاختيار ثم الاختيار . واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله ، فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . وقال : فإن قيل : المبادلة فى التملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بمتوجه ، لأن تعلق بعض الحقوق بشىء قبل وقوعه ليس بعزيز ، ألا يرى أن حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الأخذ : فكذا هاهنا ، وقد أشار إليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك . ثم إن التحقيق أن قبض الدين وإن كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بأمثالها إلا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر . فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ، ولشبهه بأخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد إليه ماذكره الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال : لايقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة فى المقبوض . لأنا نقول : إنما لاتلحقه العهدة فى المقبوض لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه ، لأن من الديون مالايجوز الاستبدال به ، فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة فى المقبوض عملا بها اهـ (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا . وللشافعى وأحمد فيه قولان كما فى قبض للدين (لأنه) أى لأن الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لامبادلة هاهنا لأنه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له) أى للموكل (فأقام الذى هو فى يده) أى فأقام ذو اليد (البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (إياه) أى ذا اليد (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الأمر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (إلى الوكيل) ولا يلتفت إلى بينة ذى اليد (لأن البينة قامت لاعلى خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل : يعنى يصير أثر البينة مجرد قصر يده لا إثبات البيع (وإن لم يثبت البيع ، حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر

هاهنا كذلك . وأما الوكيل بالشراء فإنه لايكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا) إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق . قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة الخ)

(قال المصنف : وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . فإن قيل : المبادلة فى التملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه) أقول : الإشارة إلى ماليس بمذكور .

فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل فى قصر يده كذا هذا . قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق . قال (وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز إقراره عليه ،

الموكل لابد لذى اليد من إعادة إقامة البينة على البيع فى محضر الموكل ، ولا يكتفى بالبينة السابقة فى إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما إذا أقام) أى ذواليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فإنها تقبل) أى فإن البينة تقبل هناك (فى قصر يده) أى فى حق قصر يده (كذا هذا) أى مانحن فيه (قال) أى محمد فى مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان ، فإنه إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل فى حق قصر يده لافى ثبوت الارتهان فى حق الموكل ، كذا فى الشروح . قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد: وكذلك العتاق والطلاق (إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة) أى وإذا أقام العبد والأمة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالإقامة : أى وإذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم إلى الموكل يعنى إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه وأراد الوكيل بقبض العبد والأمة نقلهما إلى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما إليه ، فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها ، وأقام العبد والأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما (فإنها تقبل فى قصر يده) أى فى حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أى إلى أن يحضر الغائب (استحسانا) أى تقبل استحسانا ، وأما قياسا فلا تقبل لقيامها لاعلى خصم (دون العتق والطلاق) أى لاتقبل فى حق ثبوت العتق والطلاق لاقياسا ولا استحسانا ، وذلك لأن الوكيل ليس بخصم فى إثبات العتق والطلاق وإن كان خصما فى قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل فى القصر دون غيره . وجملة الكلام فى هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين : على البيع والعتق والطلاق ، وعلى قصر يد الوكيل . ففى حق زوال الملك عن الموكل قامت لاعلى خصم ، وفى حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل فى حق قصر يده لافى حق إزالة ملك الموكل (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى) متعلق بأقر أى أقرّ عند القاضى (جاز إقراره عليه) أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعى

الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض ، حيث لامبادلة هناك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول ، فإذا وكل بقبض عبدله فأقام من بيده العبد بينة أن الموكل باعه إياه دفع العبد إلى الوكيل ، ولم يلتفت إلى بينة ذى اليد فى القياس لأنها قامت لا على خصم . وفى الاستحسان : وقف الأمر حتى يحضر الآمر لأنه لقيامه مقام الموكل فى القبض خصم فى قصر يده فتقصر حتى لوحضر الغائب تعاد البينة وصار كما إذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل فى قصر يده فكذا هذا ، وكذلك إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والأمة على العتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فإنها لاتقبل قياسا لقيامها لاعلى خصم . وفى الاستحسان: تقبل فى قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ، ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل ، والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو إثبات العتق على المولى ، ولكنه خصم فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها فى القصر دون غيره . قال (وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله الخ) إذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعى فأقرّ باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه ، فإن كان ذلك

(قوله إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه) أقول: قوله نقلها مفعول أراد (قوله قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول : لايذهب عليك أن ماذكره فى وجه الاستحسان لايعمهما بل يختص بما إذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعى والمدعى عليه .

ولا يجوز عند غير القاضى) عند أبى حنيفة ومحمد استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف : يجوزُ إقراره عليه وإن أقر فى غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز فى الوجهين وهو قول أبى يوسف رحمه الله أوّلا . وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهى منازعة والإقرار يضادّه لأنه مسالمة ، والأمر بالشىء لايتناول ضده ولهذا لايملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ،

والمدعى عليه . فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لايتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدّعى عليه ، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل . فإقرار وكيل المدعى هو أن يقرّ أن موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقرّ بوجوب المال على موكله . كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعى فأقرّ باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقرّ بثبوته عليه . ويقرب منه ماقاله صاحب الكافى : ولافرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعى فأقرّ بالقبض أو الإبراء ، أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضى) أى لايجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضى (عند أبى حنيفة ومحمد استحسانا)وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز وبقوله لم يجز كما ذكر فى النهاية فتأمل (إلا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال إليه . ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لاتسمع بينته . وفى الجامع الصغير للإمام المحبوبى وعند أبى حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه (وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه ، وإن أقرّ فى غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعى : لايجوز فى الوجهين) أى فى مجلس القاضى وفى غير مجلسه ، وبه قال مالك وأحمد وابن أبى ليلى رحمهم الله (وهو) أى قول زفر والشافعى (قول أبى يوسف أوّلا وهو القياس) أى مقتضاه (لأنه) أى الوكيل (مأمور بالخصومة وهى) أى الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والإقرار يضادّه) أى يضاد الخصومة التى هى المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لأنه) أى الإقرار (مسالمة) ومساعدة (والأمر بالشىء لايتناول ضده . ولهذا)أى ولأجل عدم تناول الأمر بالشىء ضد ذلك الشىء (لايملك) أى الوكيل بالخصومة (الصلح والإبراء) وكذا لايملك الهبة والبيع كما صرح به الكافى وغيره ، فإن فى كل واحد من هذه الأفعال ما يضادّ الخصومة (ويصح) أى يصح التوكيل بالخصومة (إذا استثنى الإقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار ، أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لاتقرّ علىّ . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لايتناول الإقرار ، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب لكان ينبغى أن لايصح استثناء الإقرار من التوكيل

عند القاضى جاز ، وإلا فلا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، إلا أنه إذا أقرّ عند غير القاضى خرج من الوكالة فلايدفع إليه المال ، ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز إقراره فى الوجهين جميعا ، وقال زفر والشافعى وهو قول أبى يوسف أوّلا ، لايجوز فى الوجهين جميعا . والقياس إما شمول الجواز كما هو مذهب أبى يوسف رحمه الله ، وإما شمول العدم كما هو مذهبهم ، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان . وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة ، والإقرار ليس بمنازعة لأنه مسالمة ، والأمر بالشىء لايتناول ضده، ولهذا لايملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك

(قوله ولو ادعى بعد ذلك . إلى قوله : أنه مبطل فى دعواه) أقول : فيه تأمل (قوله وجه القياس أن الوكيل الخ) أقول : فإن قيل: إن قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعى وتشريك أبى يوسف مع أبى حنيفة ومحمد فى وجه الاستحسان يأبى ماذكره . قلنا : المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذى لايشوبه شىء من الاستحسان ، والتشريك المذكور لاينافى كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان . فإن صرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا ، وعدم اختصاص إقراره بالمجلس ثابت قياسا ،ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة) أقول : الضمير فى قوله لأنها راجع إلى المنازعة (قال المصنف : والأمر بالشىء لا يتناول ضده) أقول : تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الإقرار ، وكل

. : . : . . . . . . : . . . . : . . . .

بالخصومة ، وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق . ثم فى صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، وذلك لايجوز ، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لايصح لما قلنا . فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اه كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لامايعمهما بالاتفاق ، فلا نسلم أن الأمر كذلك ، إذ المراد من الجواب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله مايعم الإقرار والإنكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتى بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور ، وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لابعينه لامجموعهما معا فى حالة واحدة فهومسلم ، إذ لايصح جمع الإنكار والإقرار معا فى جواب قضية واحدة ، ولكن لانسلم حينئذ قوله ثم فى صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، إذ اللازم فيهما حينئذ إنما هو استثناء الجزئى من الكلى كما لايخفى . وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لايصح لما قلنا ليس بتام أيضا . إذ يصح استثناء الإنكار فى ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار ، نص عليه فى الذخيرة وغيرها . ثم أقول : وبهذا يظهر فساد ما فى كلام غاية البيان أيضا فى هذا المقام حيث قال فى تقرير المحل : وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار فأقر الوكيل لم يصح إقراره ، لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء . وصح الإقرار لأن الخصومة شىء واحد والاستثناء من شىء واحد لايجوز اه . فإنه إن أراد بقوله لأن الخصومة شىء واحد أنها أمر جزئى لاتعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا ، وإن أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لاينافى تعددها من حيث الأفراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لايخفى . وقال تاج الشريعة فى حل هذا المقام : معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار وكما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الثمن أو لايسلم المبيع انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية فى حل المقام ، ولكن أورد عليه حيث قال : ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الثمن أو لايسلم المبيع . ثم قال : وفيه نظر ، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى . أقول : نظره ساقط جدا لأن عدم التناول إنما ينافى صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ، ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور . نعم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لايقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة ، بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب . واعلم أن الشارح الكاكى والشارح العينى جعلا قول المصنف : ويصح إذا استثنى الإقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم : أى على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أوّلا ، وقرّر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لايخفى على الفطن الناظر فى كلامهما . ولما رأينا تفصيل ذلك إطنابا مملا أعرضنا عنه ، على أن مآل ماذكره

بالخصومة غير جائز الإقرار ، ولوكان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه ، كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ، وفيه نظر لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء .

ماهو ضد لشىء لايدخل فى الأمر به ضده (قوله ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول : فإن حقوق الشىء تدخل فيه بالتبعية ، وما هو كذلك لايصح استثناؤه إلا أن كون الإقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الإنكار) أقول : استثناء الإنكار أيضا مختلف فيه بين أبى يوسف ومحمد فى الأصح ، والتفصيل فى كتب الأصول (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول : لايهمه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر .

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى .

الكاكى فى تقرير الجواب ماذكر فى النهاية ، ومآل ما ذكره العينى فى تقريره ما ذكر فى غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعنى الإنكار (إذ العادة) فى التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أى فى الخصومة (الأهدى فالأهدى) والإقرار لايحتاج إلى زيادة الهداية . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة مبتدأة خلافية ، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد : يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا ، كذا فى المختلفات البرهانية اهـ . وقد اقتفى أثره فى ذلك أكثر الشراح ، إلا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية . وقال صاحب غاية البيان : وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية ، وظنى أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة : يعنى لما كان الأمر بالشيء لايتناول ضده حتى لايملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الإقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار لابجواب هومسالمة وهو الإقرار ، ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فى التوكيل بخصومة الأهدى فى الخصومة فالأهدى ، ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لايتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار ، لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهويشمل الإنكار والإقرار جميعا . بخلاف المأمور بالخصومة ، إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة ، ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح ، فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لايتقيد بجواب هو خصومة . وقد تحير بعض الشارحين فى هذا المقام فقال : هذه مسئلة مبتدأة لاللاستشهاد ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أوّلا فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم مما ظن أنه مراد بذلك مما لاينبغى أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب إلى صاحب الهداية ذلك الإمام الذى لن تسمح بمثله الأدوار مادار الفلك الدوّار ، فإن بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى ، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر . وأما ثانيا فلأنا لانسلم عدم إمكان تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . قوله لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لايتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار . قلنا : إن أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقا لايتقيد على قول أبى حنيفة ومحمد وقول أبى يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم . لكن لايضر بتصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعى رحمهما الله وقول أبى يوسف أوّلا كما هو مراده قطعا . وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقا لايتقيد على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهوممنوع ، كيف وقد صرح فى المختلفات البرهانية بأن هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة . قوله لأن المأموربه هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعا ، بخلاف المأمور بالخصومة إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة . قلنا : لزفر أن يقول فى مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أن الأمر ينصرف إلى جواب هو خصومة . إذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تتقيد بدلالة العرف . وصرح بهذا التقرير فى الكافى والتبيين ، ولا شك أن اتفاق جواب المسئلتين لايقتضى اتحاد دليلهما . قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح . قلنا : لايدل ما صرح به علاء الدين العالم فى طريقة

(قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال فى النهاية : هى مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد : يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف ، كذا فى المختلفات البرهانية .

(قال المصنف : وكذا لووكله بالجواب مطلقا) أقول : والظاهر من سياق العلامة النسفى فى الكافى أن هذه المسئلة ذكرت استشهادا ، فإنه قال : ولو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل ، ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار ، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحا لايملك الإقرار ، فكذا إذا استثناه دلالة ، والظاهر أن يكون مستثنى فى توكيله الإقرار ، ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف إلى جواب هو خصومة ، إذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل . فإنه يجوز أن يكون نظير مسئلتى الفحم والجمد على ماسبق قبل ورقتين فتذكر .

وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله مايملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا .

الخلاف ، على أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح عند جميع الأئمة حتى زفر والشافعى فلا يتم مطلوبه . وأما صحة ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف على قوله الآخر فمما لايشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه هاهنا بحذافيره . ثم أقول : الإنصاف أن كون ماذكره المصنف هاهنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لايليق بشأن المصنف إذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين فى مسئلة التوكيل بالخصومة ، فما الضرورة فى شروع مسئلة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها ؟ فالوجه عندى أن هذه المسئلة ذكرت هاهنا على وجه الاستشهاد : يعنى لو وكله بالجواب المطلق صريحا لايتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار بدلالة العرف ، ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى ، فكيف يتناول الإقرار ما إذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا . نعم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة كما صرح به فى المختلفات البرهانية فلا يحصل بها إلزام الخصم ، إلا أن ذكرها هاهنا من قبيل ردّ المختلف على المختلف . فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وإن لم يكن إلزاميا ، ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان أن التوكيل) يعنى أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أى صحيح من كل وجه بالإجماع (وصحته بتناوله مايملكه قطعا) أى صحة هذا التوكيل بتناوله مايملكه الموكل قطعا لأن التوكيل بغير المملوك تصرف فى غير ملكه وهو غير صحيح . قال صاحب غاية البيان : ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذى ببيع الخمر أو شرائها فإنه يجوز على مذهب أبى حنيفة مع أن المسلم لايملك ذلك بنفسه . لأنا نقول : إن ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وإن لم يكن مملوكا قصدا على وجه لايلحقه اللوم والإثم فى ذلك. على أنا نقول : إن للمسلم ولاية فى جنس التصرف لكونه حرّا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ، ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الأفراد ، وقد مضى بيان ذلك فى أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام اهـ كلامه . أقول : فى جوابه الثانى بحث ، لأنه لايدفع النقض اللازم هاهنا بصحة توكيل المسلم الذى ببيع الخمر وشرائها عند أبى حنيفة بل يؤيده ، فإنه إذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الأفراد فجاز عند أبى حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذى بما لايملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغى أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضا صحة التوكيل بما لايملكه الموكل بناء على ذلك ، فلا يتم قوله وصحته بتناوله مايملكه قطعا . وقال صاحب العناية : وإن اختلج فى ذهنك صحة توكيل المسلم الذى ببيع الخمر فتذكر ماتقدم فيه اهـ . أقول : الذى تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله فى أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف . قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبى حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لايملك التصرف فى الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد : أى يملك التصرف الذى وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اهـ . ولا يخفى أن مآل هذا ماذكره صاحب غاية البيان فى جوابه الثانى ، وقد بينا أنه لايدفع النقض هاهنا بل يؤيده (وذلك) أى مايملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للإنكار والإقرار جميعا (دون أحدهما عينا) أى دون أحد

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله مايملكه الموكل قطعا ، لأن التوكيل فى غير المملوك تصرف فى غير ملكه وهو غير صحيح ، وإن اختلج فى ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه ، وذلك أى

(قال المصنف : وصحته بتناوله مايملكه قطعا) أقول : ولا يبعد إرجاع الضمير فى قوله يملكه إلى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله مايملكه قطعا) أقول : أى مايملكه الموكل شرعا ، ثم اعلم أن الضمير فى قوله بتناوله راجع إلى التوكيل فى قوله وجه الاستحسان أن هذا التوكيل (قوله فتذكر ماتقدم فيه) أقول : فى الورق الثانى من كتاب الوكالة فراجعه متشبثا بذيل إنصافك هل تجد هناك ماينفع فى دفع

وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ؛ ولو استثنى الإقرار ، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايصح لأنه لايملكه . وعن محمد رحمه الله أنه يصح

الجوابين بعينه لأنه ربما يكون أحدهما بعينه حراما لأن خصمه إن كان محقا يجب عليه الجواب بالإقرار وإن كان مبطلا يجب عليه الجواب بالإنكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه ، وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز) أي بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على مانبينه إن شاء الله تعالى) على ما سيأتي عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة (فيصرف إليه) أي فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا) أي تحريا لصحة كلام الموكل قطعا ، فإن كلام العاقل يصان عن الإلغاء (ولو استثنى الإقرار ؛ فعن أبي يوسف أنه لايصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعي : يعني لانسلم صحة هذا الاستثناء . بل لايصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الإسلام في شرح الجامع الصغير في أصول الفقه أيضا (لأنه) أي لأن الموكل (لايملكه) أي لايملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا . وقد لايحل ذلك كما مر آنفا ، كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح . أو لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه ، كما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع ، فإن ذلك الاستثناء باطل كذا هذا . كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح (وعن محمد أنه يصح) يعني ولئن سلمنا أن

مايملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عينا لأن الخصم إذاكان محقا وجب عليه الإقرار ، وإن كان مبطلا وجب عليه الإنكار ، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريا للصحة قطعا (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن مستشهد زفر رحمه الله . ووجهه : لانسلم صحة الاستثناء بل لايصح على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه لايملك الاستثناء ، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا ، وقد لايحل له كما مر آنفا . ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه إنما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه إياه . وبيان ذلك ماقلنا إنه لايحل له الإنكار لجواز أن يكون الخصم محقا ، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح . فتعين الإنكار ، وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب . وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه . قال في النهاية : أي على الإقرار لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الإقرار فكذا وكيله ، إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لاتجري في الأيمان فلايفيد استثناء الإقرار فائدته . ولقائل أن يقول : المدعي قديعجز عن إثبات دعواه بالبينة ، وقد لايضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار

النقض هنا . وعندي أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعا : أي إجماعا متكفل بدفع النقض ، فإن صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه ، وأقل درجة الخلاف إيراث الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل (قوله لأنه لايملك الاستثناء لأن ملكه الخ) أقول: الضمير في قوله ملكه راجع إلى الاستثناء (قوله وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم) أقول: فيه أنه لم يحمل في الإطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح لظهور أن في الإطلاق أيضا دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف لتنصيص زيادة دلالة . ويمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيرا منع الاعتداد بتلك الدلالة ، بخلاف التنصيص فليتأمل . قال في الكافي : لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى المجاز حملا على ماهو الأولى بالمسلم ، إذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى : يعني حملنا دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الإطلاق فافهم ، إلا أنه بقي البحث في قوله والمنازعة حرام لأن حرمة المنازعة ممنوعة على الإطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته) أقول : فإنه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الإقرارين فتفوت فائدة الاستثناء(قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول : لايقال إذا كان المدعى عليه محقا لايقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضا لأنا لانسلم أنه لايقر لجواز أن يخدعه الطالب بإعطاء الرشوة مثلا فيقر فليتأمل . ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لايقر كاذبا على موكله ، بل إنما يقر

لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه ؛ وعند الإطلاق يحمل على الأولى . وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه ؛ .

استثناء الإقرار يصح كما قال محمد فى ظاهر الرواية لكنه إنما يصح (لأن للتنصيص) أى لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه إياه) أى على تملكه الإنكار . وبيان ذلك أنه إنما لم يحل له الإنكار لجواز أن يكون خصمه محقا ، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار (وعند الإطلاق) أى عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار (يحمل على الأولى) أى يحمل كلامه على ماهو الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أى عن محمد (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) أى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الإقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه فى الأول وهو الطالب (ولم يصححه فى الثانى) وهو المطلوب (لكونه) أى لكون المطلوب (مجبورا عليه) أى على الإقرار ، كذا فى النهاية وفى العناية أيضا نقلا عن النهاية ، أو على ترك الإنكار كذا فى كثير من الشروح . وقال فى غاية البيان بعد ذكر ذلك : أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه فى الخصومة (ويخير الطالب فيه) أى فى أصل الخصومة فله ترك أخد وجهيها ، كذا فى الكفاية . وذكر فى التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير ، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه : يعنى أن الوكيل إذا كان من جانب المدعى صح استثناء الإقرار لأن المدعى لما كان مخيرا بين الإقرار والإنكار أدّى الاستثناء فائدته فى حقه . وأما إذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الإقرار لأنه لايفيد ذلك ، لأن المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه ، أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الإقرار فكذلك وكيله ، إلا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لاتجرى فى الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا . ولقائل أن يقول : المدعى قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة ، وقد لايضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب نظر لأنه إذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الإقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة فى استثنائه الإقرار ، بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا ، فبمجرد الاحتمال كيف يجوز إساءة الظن بالمسلم وإلغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء ؟ أقول : بقى هاهنا بحث ، وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الإقرار لأن إقرار الطالب لايتصور من حيث أنه مدّع ، إذ الدعوى والإقرار متباينان . بل متضادان ، وإنما يتصور ذلك من حيث أنه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ، ولا شك أن الطالب من حيث أنه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الإقرار . لايقال : المراد أن

إذا عرض اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا ، ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسببٍ داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوّز المجاز ، وفيه نظر ، فإن إفضاءها إلى الصلح أو الإبراء لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لامحالة . وأيضا الخصومة والصلح متقابلان ، فينبغى أن تجوز الاستعارة . والأولى أن يقال : التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم . والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ماوضع

إذا كان الخصم محقا ، وفى تلك الصورة يضطر الموكل إلى الإقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه ويندفع عنه ماذكره هذا الشارح كما لايخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الإقرار وجودا وعدما (قوله إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ) أقول : فيه إساءة الظن بالمسلم ، ثم لايلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا إلا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته ، إذ لاعلم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليكن القول بصحة الاستثناء فى الأول دون الثانى ، وفيه السعى فى إلغاء كلام العاقل مع ماذكرنا من إساءة الظن . ويمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب بإقرار الوكيل .

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله : إن الوكيل قائم مقام الموكل ، وإقراره لايختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه . وهما يقولان : إن التوكيل يتناول جواب يسمى خصومة حقيقة أو مجازا . والإقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا . إما لأنه خرج فى مقابلة الخصومة .

الطالب من حيث أنه طالب : أى مدع يصح منه استثناء الإقرار لعدم كونه مجبورا على الإقرار من هذه الحيثية بل مخير ، بخلاف المطلوب من حيث أنه مطلوب : أى مدعى عليه فإنه قد يكون مجبورا عليه . لأنا نقول : الطالب من حيث أنه طالب لما لم يتصوّر منه الإقرار قط لم يمكن استثناء الإقرار هناك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل . ثم قال صاحب العناية : ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوّز المجاز . وفيه نظرفإن إفضاءها إلى الصلح والإبراءإن لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة . وأيضا الخصومة والصلحمتقابلان فينبغى أن تجوز الاستعارة . والأولى أن يقال : التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا . ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم . والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ماوضع جواب ، وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجازا ، إلى هنا كلامه . أقول : فنظره الأول ساقط جدا . إذ لانسلم أن إفضاء الخصومة إلى الصلح والإبراء أشدّ من إفضائها إلى الإقرار أو مثل إفضائها إليه ، كيف والخصم قد يضطر إلى الإقرار عند عرض اليمين عليه . بخلاف الصلح والإبراء فإن الخصم لايضطر إليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا ، على أنهما لايتحققان باختيار الخصم فقط بل لابد فيهما من اختيار المتخاصمين معا ، وإلى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الإتقانى فى تقرير جوابه حيث قال : والجواب عن القياس على الصلح فنقول : إنما لم يصح صلح الوكيل لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح ، بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اه (فبعد ذلك) شروع فى بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة الثلاثة : أى بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ماثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) فى التسوية بين مجلس القضاء وغيره (إن الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضى هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له (وإقراره) أى إقرار الموكل (لايختص بمجلس القضاء) لأن الإقرار موجب بنفسه ، وإنما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول (فكذا إقرار نائبه) أى هو أيضا لايختص بمجلس القضاء (وهما) أى أبوحنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) فى الفرق بين مجلس القضاء وغيره (أن التوكيل) أى التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الإنكار (أو مجازا) وهو الإقرار لما مر أنه ينصرف إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الإقرار ، والإقرار لايكون خصومة مجازا إلا فى مجلس القضاء ، فما كان منه فى غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ، ولا مجازا إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازا من حيث أنه جواب ، ولا جواب فى غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازا فى غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به . ثم إن طريق كون الإقرار من حيث أنه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيا مرماذكره هاهنا بقوله (والإقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه) أى الإقرار (خرج فى مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمى باسمها كما سمى جزاء العدوان عدوانا فى قوله تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ وكما سمى جزاء السيئة سيئة فى قوله تعالى ـ وجزاء سيئة سيئة مثلها ـ كذا فى المبسوط

للجواب وكذلك الإبراء فلايتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولامجازا (قوله فبعد ذلك) شروع فى بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة : أى بعد ماثبت أن التوكيل ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ماثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) فى التسوية بين مجلس القاضى وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل ، وإقرار الموكل لايختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ، وهما يقولان إن التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه يصرف

(قال المصنف : إما لأنه خرج فى مقابلة الخصومة) أقول : فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى ـ وجزاء سيئة سيئة مثلها ـ

أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به .

والأسرار . قال صاحب العناية : فكان مجوّزه التضاد وهو مجوز لغوى لما قررنا فى التقرير أنه لايصلح مجوّزا شرعيا . وقال بعض الفضلاء : بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة . أقول : لايخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر فى مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه ، وإنما غرّه تمثيلهم مانحن فيه بقوله تعالى ـ وجزاء سيئة سيئة مثلها ـ وقوله تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ ولكن جواز المشاكلة أيضا فى ذينك الموضعين من النظم الشريف لايقتضى جوازه فيما نحن فيه ، تأمل تقف (أو لأنه) أى الخصومة على تأويل التخاصم ، كذا فى النهاية وغيرها . وقال فى معراج الدراية : وفى بعض النسخ : أو لأنها (سبب له) أى للإقرار ، وقد سمى المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع أنها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة ، وكما يسمى جزاء السيئة سيئة إطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوّز السببية . قال فى العناية : وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف (لأن الظاهر إتيانه) أى إتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سببا له حيث أفضى إليه ظاهرا ، كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العينى ، فحينئذ يكون قوله لأن الظاهر الخ تعليلا لقوله أو لأنه سبب له . وقيل هو تعليل لقوله والإقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر فى التقييد بقوله فى مجلس القضاء : يعنى لا الإقرار فى غيره فتأمل اهـ . ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال : وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أى المستحق (الجواب فى مجلس القضاء) لاغير (فيختص به) أى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء . قال صاحب العناية : ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرّق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده ما مر فى أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، لأن مداره على زعم أن ضمير عليه وإتيانه فى قوله لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق راجع إلى الوكيل من حيث إنه وكيل ، وليس كذلك بل هو راجع إلى الخصم وهو الموكل حقيقة ، وإن عدّ الوكيل أيضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب هاهنا يصير حكم الخصومة لاحكم الوكالة ، ووجوب الجواب على الخصم بما لايقبل المنع قطعا ، وما مر من صاحب العناية فى أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل مافوّض إليه إنما هو حكم الوكالة ، وذلك لاينافى كون الوجوب المذكور هاهنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك ؛ ألا يرى أنه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره

إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الإقرار (والإقرار لايكون خصومة مجازا إلا فى مجلس القضاء) فما كان منه فى غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ولا مجازا ، إذ الإقرار خصومة مجازا من حيث أنه جواب ، ولا جواب فى غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازا فى غيره فلايتناوله الجواب الموكل به (أما) أنه خصومة مجازا فـ(لأنه خرج فى مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضادّ . وهو مجوّز لغوى لما قررنا فى التقرير أنه لايصلح مجوّزا شرعيا (أو لأن الخصومة سبب الإقرار) فكان المجوّز السببية وهو مجوّز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف ، وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق و) المستحق (هو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به)

(قوله لايكون خصومة مجازا إلا فى مجلس القضاء) أقول : لايذهب عليك مافى كلامه من الركاكة ظاهرا . ويندفع بجعل قوله إلا فى مجلس القضاء حالا من اسم لايكون (قوله إذ الإقرار خصومة الخ) أقول : من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما أنه خصومة مجازا) أقول : أى من حيث أنه جواب ، ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم (قوله فلأنه خرج فى مقابلة الخصومة) أقول : أى جوابا عنها (قوله فكان مجوزه التضاد) أقول : بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة (قال المصنف : لأن الظاهر إتيانه بالمستحق) أقول : تعليل لقوله والإقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر من التقييد بقوله فى مجلس القضاء : يعنى لا الإقرار فى غيره فتأمل (قوله ولو قال لأن الواجب عليه الخ) أقول : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده مامر فى أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

لكن إذا أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لايؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصىّ إذا أقرّ فى مجلس القضاء لايصح ولا يدفع المال إليهما .

بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع إطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مافوّض إليه . فالتوفيق فى ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره ، والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن إذا أقيمت البينة على إقراره) أى على إقرار الوكيل (فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به . وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا لم يكن الإقرار فى غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولايخرج به عن الوكالة . ومعناه لكن إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضى خرج من الوكالة (حتى لايؤمر) أى لايؤمر الخصم (بدفع المال إليه) أى إلى الوكيل (لأنه صار مناقضا) فى كلامه حيث كذب نفسه بالقول الأول ، والمناقض لادعوى له . قال فى الكافى : حتى لايؤمر بدفع المال إليه لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضا فى كلامه ؛ فلو بقى وكيلا بقى وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أى صار الوكيل المقر فى غير مجلس القضاء (كالأب والوصىّ إذا أقرّ) أى أقر واحد منهما (فى مجلس القضاء) فإنه (لايصح إقراره ولا يدفع المال إليه ، بيانه أن الأب أو الوصى إذا ادعى شيئا للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصى ثم جاء يدعى المال فإن إقرارهما لايصح (ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه . فكذلك هاهنا ، كذا ذكر فى أكثر الشروح ، والأحسن ماذكر فى الكفاية من أن الأب والوصى إذا أقرّا على اليتيم فى مجلس القضاء أنه استوفى حقه لايصح إقرارهما عليه ، ولكن لايدفع المال إليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ ، وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فى الإقرار على الصغير انتهى . واعلم أن حاصل هذه المسئلة أعنى مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه : الأول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشىء آخر ، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار بالإجماع ويصير وكيلا بالإقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة . الثانى أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار ، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار ، لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب إنما يتناول جوابا مقيدا بالإنكار . هكذا ذكر شيخ الإسلام فى الأصل ، وذكر الإمام فخر الإسلام البزدوى فى شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبى يوسف لايصح ؛ وعند محمد يصح ، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرح وكالة الأصل ؛ وفى الفتاوى الصغرى أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لايصح عند محمد . الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار ، وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالإقرار ؛ ويصح الاستثناء فى ظاهر الرواية ؛ وعن أبى يوسف لايصح الاستثناء . الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه وفى هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والإقرار ، حتى لو أقرّ صح إقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ؛ ويجب أن يعلم أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا ، ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ، ذكر محمد المسئلة فى باب الوكالة بالصلح . الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار ، ولا رواية فى هذا الوجه عن أصحابنا ، وقد اختلف المتأخرون فيه : بعضهم قالوا لايصح هذا التوكيل أصلا لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة ، وجواب الخصومة إقرار وإنكار ، فإذا استثنى كلاهما لم يفوّض إليه شيئا . وحكى عن القاضى الإمام صاعدا النيسابورى أنه

ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيختص به . وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار فى غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لايكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة . ومعناه (إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضى خرج من الوكالة حتى لايدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصىّ إذا أقرّ فى مجلس القضاء) فإنهما إذا ادّعيا شيئا للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصىّ ثم جاء يدعى المال فإن إقرارهما (لايصح ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية فى حق ذلك المال

قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك أبدا) لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى إبراء ذمته فانعدم الركن :

قال : يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه . وإنما يصح التوكيل بهذا القدر لأن ماهو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة يحصل به . كل ذلك من الذخيرة . ثم اعلم أنه لو أقر الوكيل بالخصومة فى حد القذف والقصاص لايصح إقراره ، لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم فى إقرار الوكيل فيورث شبهة فى درء مايندرئ بالشبهات : كذا فى التبيين (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أى بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك) أى لم يكن الكفيل وكيلا فى قبض المال عن الغريم (أبدا) أى لابعد براءة الكفيل ولا قبلها . حتى لو هلك المال فى يده لم يهلك على الموكل ، أما بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد مابلغته فإنها لاتجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلاتنقلب صحيحة : وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لأن الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فإنه عامل لنفسه فى إبراء ذمته (ولو صححناها) أى ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أى صار الوكيل (عاملا لنفسه فى إبراء ذمته) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أى ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار

بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك هاهنا . قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ)ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك أبدا لابعد براءة الكفيل ولا قبلها ، أما بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لاتجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة ، وأما قبل البراءة فلأن الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر ، والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه فى إبراء ذمته كالمحال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فإنه لايصير وكيلا لما قلنا . ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملا فى ذلك لنفسه ، ذكره فى الجامع الصغير . وأجيب بالمنع مستندا إلى ماذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المديون لايصلح وكيلا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر فى الجامع . سلمناه لكن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا فى التوكيل بالقبض . واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلا فى إثبات الوكالة والضمنيات قد لاتعتبر . وأجيب بأنا لانسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل . فإن قيل فلتنسخها الوكالة ؛ لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فإنها تنسخها . قال المحبوبى رحمه الله فى الجامع الصغير : الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة . فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أومثله ، والوكالة دون الكفالة

(قوله لابعد براءة الكفيل الخ) أقول : بأن أبرأه المكفول له عن الكفالة (قال المصنف : فلأن الوكيل من يعمل لغيره) أقول : ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثانى ، أو هو قياس من الشكل الأول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملا لنفسه ، وكل من صار عاملا لنفسه فليس بوكيل إذ لاشىء ممن هو عامل لنفسه بوكيل ، وهذا الأم ببعض عبارته فتأمل (قال المصنف : ولو صححناها صار عاملا لنفسه الخ) أقول : قال الزيلعى : فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته . قلنا : ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك انتهى . فيه بحث لأنه إن أراد أنه تمليك الدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك ، إلا أن يقال إنه من قبيل المبالغة فى التشبيه ، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما فى طلقى نفسك فإنه تمليك الطلاق فالتوكيل أيضا تمليك التصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول : بتوكيل مضاف إلى المفعول (قوله سلمناه لكن الإبراء تمليك الخ) أقول : يعنى لانسلم كون الإبراء من جنس الإسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما فى قوله طلقى نفسك إلا أنه محل تأمل (قوله واعترض بأن عمل الوكيل الخ) أقول : هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول : إذا كان المحل قابلا له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول : قال الله تعالى ـ ماننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ـ .

. . . .

هذا كاغتنال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لايصير وكيلا لما قلنا . فإن قيل : يشكل هذا برب الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه يصح نص عليه فى الجامع الكبير ، وإن كان المديون فى إبراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته . قلنا : ذكر شيخ الإسلام فى تعليل هذه المسئلة أن المديون لايصلح وكيلا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ماذكر فى الجامع فكان للمنع فيه مجال . كذا فى الفوائد الظهيرية . ولئن سلمنا ذلك فنقول : إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد ، فلا يرد علينا نقضا لأن كلامنا فى التوكيل لافى التمليك . كذا فى النهاية وأكثر الشروح . أقول : فى الجواب نظر ، أما فى المنعى فلأن ماذكر شيخ الإسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد فى الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال ، وأما فى التسليمى فلأن النقض ليس بنفس الإبراء بل بالتوكيل بالإبراء . فما معنى قولهم إن كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك على أن المنقوض هاهنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فإنه جار بعينه فى صورة توكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة فى دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لايخفى . اللهم إلا أن يقال : مرادهم أن التوكيل بالإبراء فى الصورة المذكورة تمليك حقيقة وإن كان توكيلا صورة ، وكلامنا فى التوكيل الحقيقى لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة ، والدليل المذكور أيضا إنما يجرى فى التوكيل الحقيقى لأن كون الوكيل عاملا لغيره إنما هو فى ذلك ، ويميل إلى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافى فى الجواب عن السؤال المذكور حيث قال : فإن قيل : الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع ، وإن كان المديون فى إبراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته . قلنا : إنما يصح ثمة لأنه تمليك لا لأنه توكيل كما قوله طلقى نفسك انتهى فتأمل . قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافى : قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر اه . أقول : يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما أشير إليه فى سائر الشروح حيث قيل : إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر . ثم إن الإمام الزيلعى ذكر السؤال المذكور وجوابه فى شرح الكنز على نهج ماذكر فى الكافى بنوع تغيير عبارة فى السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته . قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله طلقى نفسك اه . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك ، إلا أن يقال : إنه من قبيل المبالغة فى التشبيه ، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما فى طلقى نفسك فإنه تمليك للطلاق ، فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه . أقول : يجوز أن يختار كل واحد من شقى ترديده . أما الأول فلسقوط منع ذلك بإقامة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان إسقاطا له لما ارتد بالرد ، فإن الإسقاط يتلاشى لايرتد بالرد على ما عرف . وقد أشار إليه الشراح بقولهم : الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد . وأما الثانى فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فإن التوكيل على مامر فى صدر كتاب الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم فهو إنابة محضة لا تمليك شىء أصلا . فقوله فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم فى الدرس السابق أيضا ساقط جدا ، إذ لم يعلم قط لا فى الدرس السابق ولا فى موضع آخر أن التوكيل تمليك شىء ، بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك فى مواضع شتى سيما فى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق . ثم قيل : ينبغى أن تصح وكالة الكفيل فى مسئلتنا لأنه عامل لرب الدين قصدا ، وعمله لنفسه كان واقعا فى ضمن عمله لغيره . والضمنيات قد لاتعتبر . وأجيب بأنا لانسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل ، إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره . وقيل لما استويا فى جهة الأصالة ينبغى أن تبطل الكفالة بالوكالة ، لأن الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة ، كما إذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فإنها تكون ناسخة للوكالة ، فإن الإمام المحبوبى ذكر فى الجامع الصغير أن الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة . وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس ، لأن الشىء جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه ، والوكالة دون

لأن الكفالة عقد لازم لايتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه

ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ، ولو صححناها لايقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه . وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتّى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين : فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه . قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه) لأنه إقرار على نفسه لأن مايقضيه خالص ماله (فإن حضر الغائب

الكفالة فى الرتبة لأن الكفالة عقد لازم لايتمكن الكفيل من عزل نفسه ، بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه (ولأن قبول قوله) أى قبول قول الوكيل(ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة . تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل(لكونه أمينا ، ولو صححناها) أى لو صححنا الوكالة هاهنا (لايقبل) أى لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) أى التوكيل الذى هو الملزوم (بانعدام لازمه) الذى هو قبول قوله لأن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد مديون) أى ماذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها فى عبد مديون . وفى بعض النسخ : ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاه حتّى ضمن قيمته) أى ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا أو معسرا (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب) أى فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان فى مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أى وكيل فلان الغائب (فى قبض دينه فصدقه الغريم) أى المديون (أمر) أى الغريم (بتسليم الدين) وفى بعض النسخ بتسليم المال (إليه) أى إلى مدعى الوكالة (لأنه) أى لأن تصديق الغريم إياه (إقرار على نفسه لأن مايقضيه خالص ماله) أى لأن مايقضيه المديون خالص مال المديون ، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر ، فما أداه المديون مثل مال ربّ الدين لا عينه ، فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقرّ على نفسه بشىء أمر بتسليمه إلى المقر له (فإن حضر الغائب) أى ربّ الدين

(قوله ولأن قبول قوله) دليل آخر . وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ، ولو صححنا الوكالة هاهنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه ، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وماكان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها فى عبد مديون أعتقه مولاه حتّى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره ، وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان فى مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا . قال (ومن ادّعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه أقرّ على نفسه ، لأن مايقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى بأمثالها ، فما أدّاه المديون مثل مال ربّ المال لا عينه ، وقد تقدم فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقرّ على نفسه بشىء أمر بتسليمه إلى المقرّ له ، فإن حضر الغائب فصدّقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانيا ، لأنه إذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول فى ذلك قوله لأن الدين كان ثابتا والمديون يدّعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه . وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد

(قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول : وفى خلاصة شرح القدورى : وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لأنه أمين فلا يصير ضامنا انتهى ، ففيما ذكره الشارح بحث . (قوله فما أداه المديون مثل مال رب المال لاعينه وقد تقدم) أقول : أى فى هذا الباب (قوله لأن القول فى ذلك قوله الخ) أقول : قوله القول اسم أن ، وقوله قوله خبر أن .

فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة ، والقول فى ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (ويرجع به على الوكيل إن كان باقيا فى يده) لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه (وإن كان) ضاع (فى يده لم يرجع عليه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض وهو مظلوم فى هذا الأخذ ، والمظلوم لايظلم غيره .

(فصدقه) أى صدق الوكيل فيها (وإلا) أى وإن لم يصدقه (دفع إليه) أى إلى ربّ الدين (الغريم الدين ثانيا لأنه لم يثبت الاستيفاء) أى استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة . والقول فى ذلك قوله) أى القول فى إنكار الوكالة قول ربّ الدين (مع يمينه) لأن الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهوسقوط الدين بأدائه إلى الوكيل وربّ الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه . وإذا لم يثبت الاستيفاء (فيفسد الأداء) أى يفسد الأداء إلى مدعى الوكالة ، وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا إلى ربّ الدين (ويرجع به) أى ويرجع المديون بما دفعه أوّلا (على الوكيل) أى على مدعى الوكالة (إن كان باقيا فى يده) أى إن كان ما دفعه إلى الوكيل باقيا فى يده (لأن غرضه) أى غرض المديون (من الدفع) أى من الدفع إلى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أى لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أى فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (وإن كان ضاع) أى إن كان مادفعه إلى الوكيل ضاع (فى يده لم يرجع) أى المديون (عليه) أى على الوكيل (لأنه) أى المديون (بتصديقه) أى بتصديق الوكيل(اعترف أنه) أى الوكيل(محق فى القبض) والمحق فى القبض لارجوع عليه (وهو) أى المديون (مظلوم فى هذا الأخذ) أى فى الأخذ الثانى ، وهذه الجملة أعنى قوله وهو مظلوم فى هذا الأخذ معطوف على ما فى حيز أنّ فى قوله اعترف أنه محق فى القبض ، فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضا أنه زعم أنه مظلوم فى هذا الأخذ الثانى (والمظلوم لايظلم غيره) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الإهلاك . قال صاحب العناية : فإن قيل : هذا الوجه يقتضى أن لايرجع عليه إذاكانت العين فى يده باقية أيضا . فالجواب أن العين إذاكانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إن المحق فى القبض كما لايرجع عليه ابتداء لايتيسر نقض قبضه أيضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وإن المظلوم كما لايجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لايجوز له أن يتوسل إليه بوسيلة كنقض القبض هاهنا فلا يتمّ الجواب المذكور . فالجواب الواضح أن الوكيل وإن كان محقا فى القبض على زعم المديون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة ، بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة ، فلم يكن ماقبضه ملك نفسه ، فإذا أخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما فى زعم المديون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لوصول حق الموكل إلى نفسه من الغريم ، فإن كان عين ماقبضه الوكيل باقيا فى يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له أصلا لأن ماقبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لأجل الإيصال إلى موكله ، وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع إليه ، بخلاف ما إذاكان عين ما قبضه هالكا ، فإن ماقبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه فى الوكالة ، وتضمين الأمين ظلم لايخفى . ثم إن الإمام الزيلعى قال فى التبيين : ويردعلى هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما

الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل إن كان باقيا فى يده ، لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله أن ينقض ، وإن ضاع فى يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق فى القبض والمحق فى القبض لارجوع عليه ، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم فى هذا الأخذ : يعنى الأخذ الثانى ، والمظلوم لايظلم غيره . فإن قيل : هذا الوجه يقتضى أن لايرجع عليه إذا كانت العين فى يده باقية أيضا . فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع

(قوله والمظلوم لايظلم غيره) أقول : متمسكا بأنه ظلم (قوله فإن قيل هذا الوجه الخ) أقول : أنت خبير بأن الظلم فى التضمين بعد الهلاك فى يده لا فى الاسترداد حال قيامه إذ لاملك ولا حق للوكيل ، ولعل مآل ماذكره الشارح إلى هذا .

قال (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه فى زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

الألف العين نصفين فادّعى الذى عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو فى زعمه أن المكذب ظلمه فى الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذ المكذب . وذكر فى الأمالى أنه لايرجع ، لأن الغريم زعم أنه برئ عن جميع الألف ، إلا أن الابن الجاحد ظلمه ، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره ، وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لايقضى من التركة . وجه الظاهر أن المصدق أقرّ على أبيه بالدين ، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين ، لأن الديون تقضى بأمثالها فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفى ؛ لأن الدين مقدم على الإرث ، إلى هنا كلامه فتأمل (قال) أى المصنف فى البداية (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه : يعنى إذا ضاع فى يده لم يرجع عليه ، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع ، وهذا اللفظ مرويّ بالتشديد والتخفيف ، فنى التشديد كان الضمير المستكن فى ضمنه مسندا إلى المديون والضمير البارز راجعا إلى الوكيل : وفى التخفيف على العكس ، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لى مادفعته إليك عن الطالب ، حتى لو أخذ الطالب منى ماله آخذ منك مادفعته إليك ، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانيا فأنا أرد عليك ماقبضته منك . وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لأن المأخوذ) منه (ثانيا مضمون عليه) أى على رب الدين (فى زعمهما) أى فى زعم الوكيل والمديون ، لأن ربّ الدين فى حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا (وهذه) أى هذه الكفالة (كفالة أضيفت إلى حالة القبض) أى إلى حالة قبض ربّ الدين ثانيا (فتصح) أى فتصح هذه الكفالة لإضافتها إلى سبب الوجوب وهو قبض ربّ الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) أى بما يذوب : أى يجب له عليه ، وهذا ماض أريد به المستقبل ، وقد مر تقريره فى كتاب الكفالة ، فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أى لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا ، لأن فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه إليه) أى دفع المال إلى الوكيل (على ادعائه) أى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه) أى الغريم (لم يصدقه) أى الوكيل (على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة) أى على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فإذا انقطع رجاؤه) أى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أى رجع الغريم أيضا على الوكيل (وكذا إذا دفعه إليه)

بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعنى إذا ضاع فى يده ولم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لى مادفعت إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب منى ماله أرجع عليك بما دفعته إليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانيا أرد عليك ماقبضته منك على رواية التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ ، لأن المأخوذ ثانيا مضمون على ربّ الدين فى زعم الوكيل والمديون لأنه غاصب فى حقهما فيما يقبضه ثانيا فكأنه قال : أنا ضامن لك مايقبضه منك فلان ، وهو ضمان صحيح لإضافته إلى سبب الوجوب ، وهو قبض ربّ الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه : أى يذوب فى كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا لأن فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

على تكذيبه إياه فى الوكالة . وهذا أظهر لما قلنا ، وفى الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا أو محتملا فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه .

أى وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل (على تكذيبه) أى على تكذيب الغريم (إياه) أى الوكيل (فى الوكالة) أى فى دعوى الوكالة (وهذا) أى جواز رجوع المديون على الوكيل فى صورة التكذيب (أظهر) أى أظهر من جواز رجوعه عليه فى الصورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت ، لأنه لما رجع عليه فى تينك الصورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه فى هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعا (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية كما لا يخفى (وفى الوجوه كلها) يعنى الوجوه الأربعة المذكورة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين ، ودفعه بالتصديق مع التضمين ، ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس له) أى ليس للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب ، كذا فى عامة الشروح . أقول : الحق فى بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) أى صار الحكم فى الوجوه كلها (كما إذا دفعه) أى كما إذا دفع الغريم المال (إلى فضولى على رجاء الإجازة) من صاحب المال فإن الدافع هناك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة) فكذا هاهنا (ولأن من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لأن المؤدى صار حقا للغائب (ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه) أى عن حصول غرضه لأن سعى الإنسان فى نقض ما تم من جهته مردود كما إذا كان الشفيع وكيل المشترى ليس له الشفعة لأنه لو كان له الشفعة كان سعيا فى نقض ما تم من جهته وهو البيع ، ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يحلف أولا ؟ قال الخصاف : لا يحلف على قول أبى حنيفة ، ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف ، لكنه على العلم لأنه على فعل الغير .

مكذبا له فى) دعوى (الوكالة ، وهذا) أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب (أظهر) منه فى الصورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت ، لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية (وفى الوجوه كلها) أى الأربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ، ودفعه بالتصديق مع التضمين ، ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة) فإنه (لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ، ولأن من باشر تصرفا لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن حصول غرضه) لأن سعى الإنسان فى نقض ماتم من جهته مردود ، وقد تقدم . ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا . قال الخصاف رحمه الله : لا يحلف على قول أبى حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف لكنه على العلم لأنه على فعل الغير . وله أن الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ، وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة

(قوله إما ظاهرا وهو فى حالة التصديق أو محتملا وهو فى حالة التكذيب) أقول : وفى حالة السكوت .

(ومن قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقرّ له بمال الغير ، بخلاف الدين ؛ ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعةميراثا له ولا وارث له

وله أن الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ، ومالم تثبت نيابته عن الآمرلم تصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكرما إذا أقرّ بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده ، وقد تثبت الوكالة فى حقه بإقراره ، كذا فى العناية أخذا من النهاية . وذكر فى الكافى أنه إن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البينة على أنه ليس بوكيل أو أقام البينة على إقراره أن الطالب ما وكله لاتقبل ، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لايحلف عليه لأن كل ذلك ينبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب ، فإن أقام الغريم البينة على أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال منى تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه ، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة ، وجاز أن يثبت الشىء ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا اه (ومن قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) هذا لفظ القدورى فى مختصره ، علله المصنف بقوله(لأنه) أى المودع بفتح الدال (أقرّ له) أى للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال ، فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) حيث يؤمر المديون بالتسليم إلى الوكيل الذى صدقه فى وكالته على مامر ، فإن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرار المديون إقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض ، كذا ذكره الإمام قاضيخان . ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضا ؛ فإنه قال فى المبسوط : وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال ربّ الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان ، وإن قال هلك منى أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا إن صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشىء ، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اه . وذكر فى الفوائد الظهيرية فى فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم ، ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين فى شرح الجامع الصغير أنه لايملك الاسترداد لأنه ساع فى نقض ما أوجبه . وقال أيضا : وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن ؟ قيل لايضمن ، وكان ينبغى أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع ، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اه (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد ، وفى بعض النسخ : فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى (أنه) الضمير للشأن (مات أبوه) أى أبو المدعى (وترك الوديعة ميراثا له) أى للمدعى (ولا وارث له) أى للميت

عنده وقد تثبت الوكالة فى حقه بإقراره (ومن قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بمال الغير) بحق القبض فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على مامرأن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقرارا على نفسه بحق المطالبة ، فإن دفعها إليه فحضرالغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولا ، فهوعلى الوجوه المذكورة إن دفعها إليه مصدقا لايرجع وإن صدقه وضمنه أوسكت أوكذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين فى يده باقية وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان ، وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر (ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولاوارث له

(قوله فإن دفعها إليه فحضر الغائب) أقول : يعنى إن دفع الوديعة الخ (قوله إن لم تكن العين الخ) أقول : قوله إن لم تكن ناظر إلى قوله لايرجع وإلى قوله يرجع معا (قوله وأما الاسترداد ، إلى قوله : لما مر) أقول: فيه بحث مذكور وجهه فى شرح الكنز للزيلعى فى فصل القضاء بالمواريث فراجعه .

غيره : وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لايبقى ماله بعد موته ،

(غيره) أى غير المدعىْ (وصدقه المودع أمر بالدفع إليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعى . أقول : من العجائب هاهنا أن الشارح العينى قال فى تفسير هذه المسئلة : أى فلوادعى من قال إنى وكيل أنه أى إن فلانا مات أبوه الخ . ولا يخفى على من له أدنى مسكة أن هذه المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم ، وأنه لامجال لأن يكون الضمير المستكنّ فى ولو ادعى أوفلوادعى راجعا إلى من قال إنى وكيل ، لأن المودع لايؤمر بالتسليم إلى مدعى الوكالة أصلا . قال المصنف فى تعليل هاتيك المسئلة(لأنه) أى لأن مال الوديعة (لايبقى ماله) أى لايبقى مالالمودع (بعد موته) أى بعد موت المودع . قال صاحب النهاية : ماله بالنصب ، وقال هكذا كان معربا بإعراب شيخى : أى لايبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته : أى منسوبا إليه ومملوكا له ، فكان انتصابه على تأويل الحال كما فى كلمته فاه إلى فىّ : أى مشافها اهـ . وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل مافى النهاية بعينه : ويجوز الرفع . وقال صاحب غاية البيان : قوله لايبقى ماله بالنصب على أنه حال كما فى قوله كلمته فاه إلى فىّ : يعنى لايبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه اهـ . وقال صاحب العناية : وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه إلى فى : أى مشافها ، ومعناه لايبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا إليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين . وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته فى حال المشافهة . وأما قوله لايبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا إليه فليس له معنى ظاهر ، والظاهر فى إعرابه الرفع على أنه فاعل لايبقى : أى لأن المودع لايبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث اهـ كلامه . أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأنه قد تقرر فى علم البلاغة أنه يجوز فى أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أوّلا فيئول المعنى إلى نفى القيد ، وإن يعتبر النفى أوّلا فيئول المعنى إلى تقييد النفى ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له ، فإن أراد بقوله وأما قوله لايبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا إليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الأول فممنوع ، إذ لايخفى أن نفى بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه إليه بعد موته معنى ظاهر مقبول ، وإن أراد بذلك أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثانى فسلم ، لكن المراد هاهنا هو الاعتبار الأول كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنه على تقدير رفع ماله على أنه فاعل لايبقى يصير المعنى لايبقى عين ماله بعد موته ، وليس هذا بمعنى صحيح إذ المال باق بعينه بعد موته وإنما المنتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه إليه ، وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ، ولايفهم من الرفع على الفاعلية ، اللهم إلا أن يدعى أنه يؤخذ من إضافة المال إلى الضمير الراجع إلى المودع لكنه بعيد جدا ، فالظاهر فى إفادة المعنى المقصود هو النصب كما لايخفى . ثم إن الشارح العينى قد زاد فى الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية : والصواب هو الرفع على ما قاله الأكمل . وقد فاته شىء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها ، إلا أنه يجوز بالتأويل . ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متموّلا : أى لايبقى الميت بعد موته متمولا

غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لايبقى) أى لأن مال الوديعة لايبقى (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه إلى فى : أى مشافها ، ومعناه لايبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا إليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين ، وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته فى حال المشافهة . وأما قوله لايبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا إليه فليس له معنى ظاهر ، والظاهر فى إعرابه الرفع على أنه فاعل لايبقى : أى لأن المودع لايبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ،

(قوله وأما قوله لايبقى إلى قوله والظاهر فى إعرابه الرفع) أقول : فيه بحث ، فإن استقامة المعنى مما لايمكن إنكاره ، والنفى متوجه إلى القيد على ماهو الأصل ، بل من رفع لايستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال عينه باق وغير الباقى منسوبيته إليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله أى لأن المودع الخ) أقول : أو لأن الشأن .

فقد اتفقا على أنه مال الوارث . ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه . قال (فإن وكل وكيلا يقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه

لكان أوجه اه . أقول : ليس ما زاده بشىء ، أما قوله إن من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع ، ألا يرى إلى قول ابن الحاجب . وكل مادل على هيئة صح أن يقع حالا مثل هذا بسرا أطيب منه رطبا . ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة ، وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال : إلا أنه يجوز بالتأويل ، وقد بيّن صاحب النهاية التأويل هاهنا حيث قال منسوبا إليه مملوكا له ، فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام . وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متمولا : أى لايبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه فمما لاينبغى أن يتفوّه به العاقل لأن المتموّل إنما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصوّر تأويل المال بما لايصح حمله عليه وجعله صفة له ، بل على تقدير إرجاع ضمير لايبقى إلى الميت لايبقى له ارتباط بالمقام كما لايخفى على ذوى الأفهام (فقد اتفقا) أى مدعى الوراثة والمودع . وقال العينى : أى الذى ادعى الوكالة والمودع . أقول : هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق باتفقا : أى فقد اتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه قال صاحب التسهيل : أقول فيه إقرار على الغير بالموت فينبغى أن لايؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضى انتهى فتأمل (ولو ادعى) أى زلو ادعى أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) أى لم يؤمر المودع (بالدفع إليه) أى إلى مدعى الشراء ، وهذه المسئلة أيضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرها فى البداية ، وقال فى تعليلها (لأنه) أى لأن صاحب الوديعة (مادام حيا كان إقرارا بملك الغير : أى كان إقرار المودع لمدعى الشراء إقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لأنه) أى الحىّ (من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان) أى مدعى الشراء والمودع المصدق إياه (فى دعوى البيع عليه) أى على صاحب الوديعة ، قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وهاهنا باعتبار الدعوى ، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن أقرّ ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما فى باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة إلى هاهنا كلامه . أقول : تضعيفه ساقط لأن ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهى مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها ، لأن ذكرها لما أوقع فى ذهن السامع أن الحكم فيهما أيضا كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها فى بابها على سبيل التفريع عليها لإزالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين إحداهما وبيان الاشتراك فى الحكم مع الأخرى فكان إيرادهما فى هذا الباب قريب المناسبة (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (فإن وكل وكيلا بقبض ماله) أى إن وكل رجل وكيلا بقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه) أى فإن الغريم

(فقد اتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه ، لأن المودع مادام حيا كان إقرار المودع) إقرارا (بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه) ولقائل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان فى فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء ، وهاهنا باعتبار الدعوى ، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى ، وهنالك بقوله ومن أقرّ ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما فى باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة . قال (فإن وكل وكيلا بقبض دينه) ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة

(قوله فكان ذكرهما تكرارا) أقول : والأولى أن يقال ذكرهما استطرادى تفريعا على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرهما فى البداية فليتأمل

(قوله ومن أقر) أقول : أى بمعناه .

يدفع المال إليه) لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق . قال (ويتبع رب المال فيستحلفه)

(يدفع المال إليه) أى يؤمر بدفع المال إلى الوكيل . قال المصنف فى تعليله (لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أى بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) أى حق القبض إلى تحليف ربّ الدين . قال صاحب النهاية : فإن قيل : لانسلم أن الوكالة قدثبتت فبأىّ دليل يعلم ثبوت الوكالة ؟ ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لايصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة ، بل هو دليل على عدم صحة الوكالة ، لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ؟ قلنا : لما ادّعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا بأصل الحق ، ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك ، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء ، كما لو ادعى استيفاء ربّ الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء ، فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل اهـ . أقول : جوابه منظور فيه ، إذ لا كلام فى أن ادعاء الغريم استيفاء ربّ الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق ، وإنما الكلام فى أن الوكالة بأىّ دليل ثبتت ، ومجرد عدم إنكار الوكالة لايقتضى الاعتراف بثبوتها ، ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لايناسب الحال لايعد مقرّا للوكالة ، فكيف إذا تكلم بما يشعر بإنكار الوكالة ، وقد أشار إليه السائل بقوله : بل هو دليل على عدم صحة الوكالة إلى قوله : فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ، فكأنّ الغريم قال أنت لاتصلح للوكالة أصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن أن تقع وكيلا عنه تدبر . وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال فى بيان المسئلة : ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم ادفع ربّ المال فاستحلفه . ثم قال فى شرح قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت : يعنى بالبينة ، لأن وضع المسئلة كذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : لو كان مدار قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد إقامة الوكيل البينة على الوكالة فى وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف فى بدايته وهدايته ولعامة المشايخ فى تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ، ولا ينبغى أن يدعى كون تركهم إياه بناء على ظهور اعتباره ، كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما ، حتى ذهبوا إلى توجيه آخر فى دفع السؤال المذكور ، فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره فى عامة الكتب لما خفى على مثل هؤلاء الأجلاء (قال ويتبع) أى يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أى فيستحلف الغريم ربّ المال على عدم الاستيفاء

عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم اتبع ربّ المال فاستحلفه . قال المصنف (لأن الوكالة قد ثبتت) يعنى بالبينة لأن وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق) إلى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم ربّ الدين فيستحلفه

(قوله لأن الوكالة قد ثبتت يعنى بالبينة الخ) أقول : مقصوده دفع الاعتراض المذكور فى النهاية ، ونص عبارته : فإن قيل لانسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأى دليل يعلم ثبوت الوكالة ، ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لايصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لامحالة ، فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ؟ قلنا : لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك ، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل انتهى . وكذا قرر الزيلعى تبعا لصاحب النهاية ، لكن الحق ما فى شرح الإتقانى والأكمل نقلا عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة ، ثم لايخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لايخلو عن بحث .

رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب . قال (وإن وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) بخلاف مسئلة الدين لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ماقبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وهاهنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لأنه لايفيد ،

(رعاية لجانبه) أى جانب الغريم ، فإن حلف مضى الأداء ، وإن نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ماقبضه (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة : لاتجرى فى الأيمان . وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل . فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الأيمان ، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لايعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة ، كذا فى الشروح أخذا من الإيضاح (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (وإن وكله بعيب فى جارية) أى إن وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشترى) أى رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشترى) يعنى لايقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى ويحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف مامر من مسئلة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين . قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل . أقول : ليس هذا بمعنى المقام قطعا ، إذ لامدخل لعدم تحليف الوكيل فى الفرق بين المسئلتين ، فإن الوكيل لايحلف فى شىء منهما أصلا . ثم اعلم أنه ذكر فى المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين : أحدهما أن فى الدين حق الطالب ثابت بيقين ، إذ ليس فى دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافى ثبوت أصل حقه ، لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط . وأما فى العيب فإن علم المشترى بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه فى الرد أصلا ، فالبائع لايدعى مسقطا بل يزعم أن حقه فى الرد لم يثبت أصلا ، فلابد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه . والثانى أن الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد ، والعقد إذا انفسخ لايعود ، فلو أثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم فى انفساخ عقده عليه ، وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده ، فإذا حضر الموكل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين ، وهذا الوجه الثانى من الفرق هو الذى أراده المصنف بقوله (لأن التدارك ممكن هنالك) أى فى مسئلة الدين (باسترداد ماقبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله) أى نكول الموكل عن اليمين ، إذ القضاء لم ينفذ باطنا لأنه ماقضى إلا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالأملاك المرسلة ، كذا فى الكافى والكفاية (وهاهنا) أى فى مسئلة الرد بالعيب ، وفى بعض النسخ : وفى الثانية أى وفى المسئلة الثانية وهى مسئلة الرد بالعيب (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبى حنيفة كما هو مذهبه لأن القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر فى كتاب القضاء ، وفى كتاب النكاح أيضا (ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لأنه) أى لأن الاستحلاف (لايفيد) فإنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول

رعاية لجانبه) فإن حلف مضى الأداء ، وإن نكل يتبع القابض فيسترد ماقبض (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة لاتجرى فى الأيمان ، وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته ، لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لاتجرى فى الأيمان ، بخلاف الوارث يحلف أن لايعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة . قال (وإن وكله بعيب فى جارية الخ) إذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب لم يرد عليه حتى

(قال المصنف : ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) أقول : ذكر فى الشروح أن الوكيل لايستحلف على العلم (قوله لأن الوكيل لوأقر بذلك) أقول : يعنى لو أقر بالاستيفاء .

وأما عندهما قالوا : يجب أن يتحد الجواب على هذا فى الفصلين ولا يؤخر ، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء .

لم يبق فى الاستحلاف فائدة قطعا ، قال صاحب معراج الدراية فى تفسير قول المصنف بعد ذلك : أى بعد نكول الموكل ، وتبعه الشارح العينى : أقول : هذا تفسير فاسد ، إذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشترى عنده بعد نكول المشترى ، وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لايخفى على الفطن . وفى الذخيرة : وإن لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضى البيع فلا سبيل لك ، فإن القاضى لايلتفت إلى قول البائع ويرد الجارية على الآمر ، لأن الآمر مع البائع تصادقا على أن الجارية ملك الآمر لأن البائع ادعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية إياه وصدقه الآمر فى ذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار ، ويثبت بهذا التصادق أن القاضى أخطأ فى قضائه بالرد وأن قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لاباطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر فى الباطن فكان للآمر أن يأخذها . بعض مشايخنا قالوا : هذا على قول محمد ، وأما على قول أبى حنيفة لاسبيل للآمر على الجارية ، وبعضهم قالوا : هذا قول الكل وهو الأصح . ووجهه أن نقض القاضى هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض ، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه ، وفى مثل هذا لاينفذ القضاء باطنا كما لو قضى فى حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى .. وهكذا ذكر فى المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ، ونقل فى النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ، ثم إن صاحب العناية ذكر ذلك هاهنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال : واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لأن القاضى نقض البيع فإنه لايلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى . وأجيب بأن الرد مذهب محمد ، فأما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى ، وفى مثله لاينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده فى حادثة وثمة نص بخلافه ، وقالوا : هذا أصح انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره فى الجواب بعد التسليم لايدفع الاعتراض بل يقويه لأنه إذا جاز نقض القضاء هاهنا عند أبى حنيفة أيضا بأى سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ هاهنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أى المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا) أى على الأصل المذكور فى الفصلين) أى فى فصل الدين وفى فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) أى لايؤخر القضاء بالرد إلى تحليف المشترى كما لايؤخر القضاء بدفع الدين إلى تحليف رب الدين (لأن التدارك ممكن) أى فى الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعنى أن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين فى فصل الدين إنما كان لأن التدارك ممكن عند ظهور الخطإ فى القضاء باسترداد ماقبضه الوكيل ،

يحلف المشترى ، بخلاف مامر من مسئلة الدين لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ماقبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل ، وأما هاهنا فغير ممكن لأن العقد ينفسخ بالقضاء ، والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبى حنيفة لأن القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وإن ظهر الخطأ بالنكول ، وعلى هذا لايحلف المشترى عنده بعد ذلك لأنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة . واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لأن القاضى نقض البيع فإنه لايلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى . وأجيب بأن الرد مذهب محمد ، فأما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم .

(قوله واعترض بأن الوكيل إذا ردها الخ) أقول : بقضاء القاضى على خلاف قول أبى حنيفة .

وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك.

وهذا المعنى موجود فى فصل الرد بالعيب أيضا لأن قضاء القاضى فى مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشترى ردت الجارية عليه فلا يؤخر إلى التحليف (وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر) أى القضاء (فى الفصلين لأنه) أى لأن أبا يوسف (يعتبر النظر) أى النظر للبائع ، كذا فى الشروح . أقول : الأولى أن يقال : أى النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك (حتى يستحلف) أى أبو يوسف (المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعنى أن من مذهب أبي يوسف أن القاضى لايرد المبيع على البائع إذا كان المشترى حاضرا وأراد الرد مالم يستحلف بالله مارضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع ، فإذا كان المشترى أو رب الدين غائبا فأولى أن لايرد عليه مالم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر للنظر) أى فينتظر فى الفصلين نظرا للبائع والمديون . قال فى النهاية فينتظر للنظر : أى للبائع ، فعلى هذا ينبغى أن ينتظر فى الدين نظرا للغريم انتهى . وقال فى غاية البيان : فعلى هذا ينتظر عنده فى الدين أيضا نظرا للغريم ، وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى . وقال فى العناية : لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشترى إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائبا انتهى . أقول : لايخفى ما فى كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية إليه ، فالوجه ماقررناه فتبصر (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فأنفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل : يعنى لايكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له . قال الإمام التمرتاشى : هذا إذا كانت عشرة الدفع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها ، أوكان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة ، أما إذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أوكان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالإنفاق ، لأن الدراهم تتعين فى الوكالة ، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها ، كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية . وقال فى الكفاية بعد ذلك : وقيل لاتتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها ، بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما . قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه) أى فى الوكيل بالشراء (ما ذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أى مانحن فيه من التوكيل بالإنفاق (كذلك) لأن الوكيل بالإنفاق على الأهل قد يضطر إلى

ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى ، وفى مثله لاينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده فى حادثة وثمة نص بخلافه ، وقالوا هذا أصح ، فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا : أى على هذا الأصل المذكور فى الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ، ولا يؤخر إلى تحليف المشترى لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود فى صورة الجارية لأن قضاء القاضى فى مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشترى ردت الجارية على المشترى فلا يؤخر إلى التحليف . وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر فى الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشترى إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائبا . قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع إلى آخر عشرة دراهم ينفقها

(قوله وقالوا هذا أصح) أقول : أى كونه قول الكل أصح (قوله فى الفصلين الخ) أقول : قوله فى الفصلين متعلق بقوله يتحد فى قوله يجب أن يتحد الجواب الخ .

وقيل هذا استحسان . وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرّعا . وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لأنه ليس بشراء ، فأما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه ، والله أعلم بالصواب .

شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال . واعلم أن محمدا لم يذكر فى الأصل مسئلة الإنفاق ، بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال : وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء عنى فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التى حبسها إلى الموكل ويكون متطوعا فى التى دفع ، ولكنى أدع القياس فى ذلك وأستحسن أن أجيزه ، إلى هنا لفظ الأصل . وإنما ذكر مسئلة الإنفاق فى الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا فى شروحه : هذا الذى ذكره استحسان ، والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها ، وهو قول زفر ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان ، وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أى ليس للوكيل إنفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل ، بل إذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن . وجه القياس أن الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا . وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء الخ ، وقالوا فى شروح الجامع الصغير أيضا : من المشايخ من قال : ليس فى قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد فى الأصل . أما الإنفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان ، بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لأنه ليس بشراء) هذا وجه القياس : يعنى لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين فى ذمته للوكيل فلولم نجعله متبرعا لألزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا . ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بقوله : لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما فى ذمة الآمر بالدراهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه (فأما الإنفاق) فإنه (يتضمن الشراء) لأن الأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها فى الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه ، والله أعلم) أى فلا يدخل القياس والاستحسان فى الإنفاق ، بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان فى أن الوكيل لا يكون متبرّعا بالإنفاق من مال نفسه .

على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذى أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذى أخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق . قيل : هذا استحسان . ووجهه أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه ماذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدّى من الثمن ، وقد قررناه : يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، وهذا أى ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك ، لأن الوكيل بشراء مايحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال المتوكل معه فى تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه ، فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال ، وفى القياس ليس له ذلك ، ويصير متبرعا فيما أنفق ويردّ الدراهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين فى الوكالات ، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت

(قوله فالعشرة الذى أنفقه الخ) أقول : والأولى أن يقال : فالعشرة التى أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل . قال الإتقانى : أى تكون العشرة التى حبسها عنده بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله النهى ، وهذا أولى أيضا مما ذكره الأكمل فتأمل ليظهر لك وجه الأولوية (قوله فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول : يعنى التجويز دلالة (قوله وفى القياس ليس له ذلك الخ) أقول : هذا القياس يجرى ظاهرا فى التوكيل بالشراء .

(باب عزل الوكيل)

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه فله أن يبطله ، إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير ؛

(باب عزل الوكيل)

أخرّ باب العزل ، إذ العزل يقتضى سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) أى القدورى فى مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أى حق الموكل (فله أن يبطله) أى فللموكل الذى هو صاحب الحق أن يبطل حقه (إلا إذا تعلق به) أى بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير ، وذلك (بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أى بالتماس من جهة المدعى (لما فيه) أى لما فى العزل فى هذه الصورة (من إبطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه ، وإبطال حق الغير لايجوز ، قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله ، سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا ، وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب : أى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا . ثم إن عدم صحة العزل إذا كان

الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرّعا . وقيل : القياس والاستحسان فى قضاء الدين ، وهو أن يدفع المديون إلى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه فى القياس متبرّع ، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف التى دفعت إليه لايكون له ذلك . وفى الاستحسان له ذلك وليس بمتبرّع ، وذلك لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين فى ذمته للوكيل ، فلو لم يجعل متبرّعا لألزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرّعا قياسا . فأما الإنفاق فيتضمن الشراء لأنه أمر بالإنفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لايتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه بل بمثلها فى الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرّعا قياسا أيضا ، والله أعلم .

(باب عزل الوكيل)

وجه تأخير باب العزل ظاهر لايحتاج إلى بيان . واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا ، لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لايتوقف على حضور غيره وهو المذكور أوّلا وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك . وإن كان ، فأما إن علم الوكيل بالوكالة أولا ، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لانفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف ، وإن علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره فى مجلس الحكم وإثبات الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى ،

(قوله وفى الاستحسان له ذلك) أقول : وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما فى ذمة الآمر بالدراهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ولقد الثمن من عنده نفسه سلم المقبوض له : يعنى من الدراهم كذا ذكره الإتقانى نقلا من شرح الاسبيجابى لكافى الحاكم الشهيد (قوله وذلك لأن قضاء الدين) أقول : أى كونه متبرعا فى القياس .

(باب عزل الوكيل)

(قوله وهو المذكور أولا) أقول : فيه بحث ، فإن المذكور أولا يعمه ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى ، وجوابه أن القصر إضافى : أى لاعزل وكيل المطلوب (قوله وإن كان للمطلوب فإن لم يكن الخ) أقول : قال الزيلعى فى تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة إذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول : أى فكان العزل اللفظى امتناعا حقيقة لاعزلا .

وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن .

بطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب . وأما إذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضى به الطالب أولا ، وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكره فى الذخيرة . فإنه قال فيها : وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين : الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب . وفى هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غائبا لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه ، لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره . والوجه الثانى أن يكون الوكيل وكيل المطلوب . وأنه على وجهين أيضا : الأول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد . وفى هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائبا . والوجه الثانى إذا كان التوكيل بالتماس أحد ، إما الطالب وإما القاضى ، وفى هذا الوجه إن كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال ، لأن هذه الوكالة غير نافذة لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح . وهذا على الرواية التى شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلا . وإن كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لايصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضى به الطالب أو سخط . لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه . وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلا لأنه لايمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فيبطل حقه أصلا . وأما إذا كان الطالب حاضرا فحقه لايبطل أصلا لأنه إن كان لايمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلا آخر إلى هنا لفظ الذخيرة ، قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لايتوقف على حضور غيره وهو المذكور أوّلا . وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك ، وإن كان فأما إن علم الوكيل بالوكالة أو لا ، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لانفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف ، وإن علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره فى مجلس الحكم وإثبات الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى ، وصح بحضرته لأن الحق لايبطل ، لأنه إن كان لايمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه اهـ كلامه . واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أوّلا ، وأجاب حيث قال : فيه بحث ، فإن المذكور أوّلا يعمه ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى : وجوابه أن القصر إضافى : أى لاعزل وكيل المطلوب اهـ . أقول : جوابه ليس بتامّ فإن المذكور أوّلا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذى لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الإضافى بمعنى لاعزل وكيل المطلوب . ثم أقول : الحق الصريح أن كلام القدورى الذى ذكره المصنف هاهنا أوّلا ، وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعمّ جميع الصور التى ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل ، وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهى عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقى ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ، ويمشى فى ذلك كله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله ، فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أوّلا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب ، وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور فى الكتاب أصلا سهو بيّن (وصار) أى صار التوكيل الذى كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) أى كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن بأن وضع

وصح بحضرته لأن الحق لايبطل . لأنه إن كان لايمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه (قوله فصار) أى فصار التوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) بأن وضع الرهن على

(قوله بأن وضع الرهن الخ) أقول : تفسير للعام بالخاص ، فإنه إذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجىء التفصيل فى الرهن . .

قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتّى يعلم) لأن فى العزل إضرارا به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع

الرهن على يدى عدل ، وشرط فى الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين . فإنه إذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك ، لأن البيع صار حقا للمرتهن . وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتى تفصيله فى كتاب الرهن ، وكذا إذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجه عن الوكالة نحو أن أمره أن يبيع ويستوفى الدين من ثمنه ، كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة . قيل : من أين وقع الفرق بين الوكيل فى الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل فى الأول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وإن لم يرض به الخصم ولا يملك فى الثانى عزله حال حضرة المرتهن إذا لم يرض به المرتهن مع أنه فى كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل . ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك ؟ وأجيب بأن الفرق بينهما من حيث أن العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلا لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب . وأما فى مسئلة الرهن . فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه فى البيع إذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع . وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل فى غيبته (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن لم يبلغه العزل) أى فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتّى يعلم) أى حتّى يعلم الوكيل عزله ، وهذا عندنا وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية وأحمد فى رواية . وقال الشافعى فى الأصح : ينعزل ، وبه قال مالك فى رواية وأحمد فى رواية ، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه ، ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ، ولأن الوكالة للموكل لا عليه ، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه ، وذلك لا يجوز . ولكنا نقول : العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف ، وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع ، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، وجوّز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا ، وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك ، وفيه نزل قوله تعالى ـ ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ـ وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ، ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله (لأن فى العزل) أى فى عزل الوكيل من غير علمه (إضرارا به) أى بالوكيل من وجهين : أحدهما أشار إليه بقوله (من حيث إبطال ولايته) فإن فى إبطال ولايته تكذيبا له لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة ، وفى عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل ، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة . والثانى ما أشار إليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق إليه) أى إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه (فينقد من مال الموكل) إن كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) إن كان وكيلا بالبيع ، فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف

يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطا على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق . فإن قيل : عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب رضى به أو لا ، ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة . أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل الحق بطل العزل ، وفى الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا ، وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه فى البيع أصلا إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع . قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) إذا عزل الوكيل و لم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن فى عزله إضرارا به من وجهين : أحدهما من حيث بطلان ولايته لأن الوكيل يتصرف على

(قوله ثم أراد الراهن الخ) أقول : الأظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فإنه إذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول : استئناف بيانى .

فيضمنه فيتضرر به : ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتداً)

واقعا له (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرّر به) والضرر مدفوع شرعا . ثم إن الوجه الأول عامّ يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك . وأما الوجه الثانى فمختص بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما . وعن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الحكم المذكور وهوعدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا إلى الوجه الأول . وفى الذخيرة : وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لايصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى . وهكذا ذكر فى سائر معتبرات الفتاوى . قال فى المحيط البرهانى : وإذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا ، هكذا ذكر فى الأجناس فى مسائل البيوع ، وفى مسائل الغصب من الأجناس أيضا : إذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لاينعزل ، وبعض مشايخنا ذكروا فى شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل . وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشركة أن جحود ماعدا النكاح فسخ له انتهى . وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا . قال المصنف (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر) أشار به إلى ما ذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج إلى الإعادة . اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرًّا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا ، رجلا كان أو امرأة ، صبيا كان أو بالغا ، وكذلك العزل عندهما ، وعند أبى حنيفة لايثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين . ثم إن هذا الاختلاف فيما إذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة . وأما إذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق ، كائنا من كان الرسول ، عدلا كان أو غير عدل ، حرًّا كان أو عبدا ، صغيرا كان أو كبيرا ، نص عليه فى البدائع . وقال فى تعليله : لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أىّ صفة كان (قال) أى القدورى فى مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة : أى دائما ، ومنه الحمى المطبقة : أى الدائمة التى لاتفارق ليلا ولا نهارا ، وقيل مطبقا : أى مستوعبا ، من أطبق الغيم السماء : إذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام : أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا : ما ذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب ، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فلاينعزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقا ، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء ، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ماجنّ جنونا مطبقا لايصح ، فكذا لاتبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة . وأما إذا

ادعاء أن له ولاية ذلك ، وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته ، وضرر التكذيب ظاهر لامحالة . والثانى من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع إن كان وكيلا بالبيع ، فإذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به ، والوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فلا يحتاج إلى الإعادة . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم أن من الوكالة مايجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب ، ففى الأول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا ، لأن التوكيل

(قال المصنف : ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول : اللحاق بفتح اللام مصدر كاللحاق . قال الزيلعى : المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه ، لأن لحاقه لايثبت إلا بحكم الحاكم انتهى . هذا لايوافق ما فى الهداية كما لايخفى ، إذ يكون الحكم المذكور فى اللحاق على قولهما حينئذ فإن تبطل صيغة الاستقبال .

لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض، وشرط أن يكون الجنون مطبقا لأن قليله

كانت الوكالة لازمة بحيث لايقدر الموكل على عزله لايكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء ، وكان الوكيل فى هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث أنه لايملك الموكل عزله . ومن ملك شيئا من جهة أخرى ثم جن المملك فإنه لايبطل ملكه ، كما لو ملك عينا فكذا إذا ملك التصرف ، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لايبطل الأمر انتهى . وفى غاية البيان قال فى التتمة والفتاوى الصغرى : وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله ، أما فى موضع لايملك عزله كالعدل فى باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لاينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه ، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه ، والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى . أقول : فى المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى إشكال ، لأن الظاهر من عبارته أن يكون الأمر باليد للمرأة من باب التوكيل ، وليس كذلك فإنه من باب التمليك لا التوكيل على ماتقرر فيا مر فى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ، بخلاف عبارة الذخيرة كما لايخفى على المتأمل. ثم أقول : فيا بقى هاهنا شىء ، وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب فى الجنون المطبق على الثانية دون الأولى ينافى ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هى أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه ، إذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها ، اللهم إلا أن يقال : الأصل فى الوكالة عدم اللزوم ، واللزوم فى أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا فى البيع بالخيار كما سيأتى فتأمل. قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لأن التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية فى تعليل هذه المقدمة : إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد فى فسخها ، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى . وقد سبقه تاج الشريعة إلى هذا التعليل . أقول: فيه خلل ، لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق فى كل عقد لازما كان أو غير لازم ، وإنما اللازم مايتوقف فسخه على الرضا من الجانبين ، فقولهما إذ اللزوم عبارة عمايتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح . والصواب أن يقال : إذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وهاهنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أى لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه فى كل لحظة من لحظات دوامه ، فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إنزالا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا فى قوله تعالى - أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى - فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة فى كل ساعة فينتهى ، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلابد من قيام الأمر) أى فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل فى كل ساعة إذا كان لابد من أمره بذلك فى ابتداء العقد ، فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) أى أمر الموكل (بهذه العوارض) وهى الموت والجنون والارتداد . فإن قيل : البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لايبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار . قلنا : الأصل فى البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار ، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض ، كذا فى الشروح (وشرط) أى شرط فى بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقا لأن قليله) أى قليل

تصرف غير لازم ، إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد فى فسخها ، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها ، وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه فى كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة فى كل ساعة فينتهى فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ،

(قوله إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول : فيه مسامحة لعل هنا سهوا ، والصحيح عما يتوقف رفع وجوده وإلا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ، ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم (قوله لأن كلا منهما ينفرد فى فسخها) . أقول : مع أن انفراد أحدهما

بمنزلة الإغماء . وحدّ المطبق شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم . وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت . وقال محمد : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطا .
قالوا : الحكم المذكور فى اللحاق قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته ،

الجنون (بمنزلة الإغماء) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالإغماء (وحدّ المطبق) أى حدّ الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازى عن أبي حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أى صوم شهر رمضان. وقال فى الواقعات الحسامية فى باب البيوع الجائزة : والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدّر بالشهر ، لأن مادون الشهر فى حكم العاجل فكان قصيرا ، والشهر فصاعدا فى حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) أى عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أى فصار من جنّ فى هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد : حول كامل) قال الناطفى فى الأجناس : قال ابن سماعة فى نوادره : قال محمد فى قوله الأوّل : حتى يجنّ يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجع وقال : حتى يجنّ شهرا ، ثم رجع وقال : حتى يجنّ سنة (لأنه يسقط به) أى بالحول الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لأن وجوبها مقدّر بالحول فلا يكون فى معنى الموت (فقدّر به) أى فقدّر حدّ الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال فى الكافى : وهو الصحيح ، وكذا قال فى التبيين (قالوا) أى المشايخ (الحكم المذكور فى اللحاق) أى الحكم المذكور فى اللحاق فى مختصر القدورى ، وهو ماذكر قبل هذا بقوله : ولحاقه بدار الحرب مرتدّا (قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف فى باب أحكام المرتدين من كتاب السير : اعلم أن تصرفات المرتدّ على أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية ، وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملّة له ، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ، ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه اهـ . وقال الشراح هناك : يعنى بقوله ماعددناه ماذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته فهو موقوف . أقول : فقد تلخص من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد

ولابد فى ذلك من الأمر فكذا فيما هو بمنزلته ، وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ، ونوقض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ويتقرر بالموت . وأجيب بأن الأصل فى البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار ، فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل ، وفى الثانى لا تبطل فلا تبطل فى صورة تسليط العدل على بيع الرهن ، وفيما إذا جعل أمر امرأته بيدها لأن التوكيل فى هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الأمر . وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لابد منه . والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم ، وشرط الإطباق فى الجنون لأن قليله بمنزلة الإغماء فلا تبطل به الوكالة . وحد المطبق شهر عند أبي يوسف ، وروى ذلك أبو بكر الرازى عن أبي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم ، وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد . وقال محمد آخرا : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا . قال المشايخ : الحكم المذكور فى اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فأما

يكفى فى انتفاء اللزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلته) أقول : الضمير فى قوله بمنزلته راجع إلى قوله ابتداء فى قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فإنه الخ) أقول : فيه مغالطة ، فإن المتقرر هو البيع لا الخيار ، وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول : لا يقال إنما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله إلا إذا تعلق به حق الغير الخ لأنه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلا ينفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل (قوله يسقط به جميع العبادات) أقول : حتى الزكاة (قوله وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) أقول : ماسبق ويبطل مابعده .

فإن أسلم نفذ ، وإن قتل أولحق بدارالحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهماتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردّته أو يحكم بلحاقه وقد مر فى السير . وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردّتها لا تؤثر فى عقودها على ماعرف .

موقوف عنده ، فكذا وكالته لكونها فى حكم ذلك ، ولكن عبارته غيرواضحة فى إفادة المراد (فإن أسلم نفذ) أى فإن أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وإن قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردّته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقرّ أمر اللحاق (وقد مرّ فى السير) أى مرّ كون تصرف المرتد موقوفا عند أبى حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى فى باب أحكام المرتدين من كتاب السير . واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال : فيا نسب إلى أبى حنيفة نظر ، إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما عند أبى حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضى بذلك . وقول أبى حنيفة فى السير إنه حربى مقهور غير أنه يرجى إسلامه فتوقفنا ، فإن أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب . وإن مات أو لحق وحكم بلحاقه استقركفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق . بل لابد من الحكم به فينبغى أن يكون حكم الموكل كذلك لايبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه . وأقول : هنا كلام آخر وهو أن الإمام قاضيخان ذكر فى فتاواه ماينافى مانقله المصنف هاهنا عن المشايخ حيث قال فى فصل مايبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير : وإن وكل رجلا ثم ارتدّ الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله فى قولهم اه ، فإنه صريح فى أن الحكم المذكور فى اللحاق قولهم جميعا لاقول أبى حنيفة فقط . فإن قلت : يجوز أن يكون المراد باللحاق لدار الحرب فيا ذكر فى فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها . قلت : ظاهر اللفظ لايساعد ذلك ، فإن جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لايجوز الحمل عليه فى مسئلة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة إجماعية ويتخلص عن التكلف الذى ارتكبوه فى تخصيصها بقول أبى حنيفة . ثم أقول : الحق عندى أن المراد بما ذكر فى الكتاب اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق فالمسئلة إجماعية ، وعن هذا قال الإمام الزيلعى فى شرح هذا المقام من الكنز : والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه ، لأن لحاقه لايثبت إلا بحكم الحاكم ، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع اه . ومما يؤيدكون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبى حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب ، منهم صاحب المحيط ، فإنه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتدّ ونوع منها اختلفوا فى نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون ، فعند أبى حنيفة توقف هذه التصرفات ، فإن أسلم تنفذ ، وإن مات أو قتل على ردّته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تبطل ، وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه . ومنهم الإمام قاضيخان ، فإنه قال فى فتاواه أثناء بيان الوجوه الأربعة لتصرف المرتد : ومنها ما اختلفوا فى توقفه نحو البيع والشراء والإجارة والإعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبى حنيفة : هذه التصرفات موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل ، وعند صاحبيه تنفذ فى الحال اه . إلى غير ذلك من الثقات ، حتى أن صاحب الوقاية قال فى باب المرتد : وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته وإجارته وتدبيره ووصيته ، إن أسلم نفذ ، وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أى بالإجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردّتها لاتؤثر فى عقودها) لأنها لاتقتل (على ماعرف) فى السير . قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية : ويعلم من هذا أن الرجل

عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق ، وقد مر فى السير : أى كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا فى باب أحكام المرتدين ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب ، لأن ردتها لاتؤثر فى عقودها لأنها لاتقتل ، ماخلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل به

(قال المصنف : وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول : ولقد أصاب الحز حيث اختار صيغة المضى هنا وصيغة الاستقبال فى بيان مذهبهما لأن عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضا ، وعندهما لاتبطل تصرفاته السابقة فليتأمل .

قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا ، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل ، علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ،

الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مر لما انتهى . أقول : هذا خبط منه ، فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لاتبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب ، وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، وليس مراده ذلك ، بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع ، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله ، بل هو موقوف عنده على مامر بيانه فافترقا . وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معا قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق . ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة إن كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ، ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها ، فبعد ما انعزل لايعود وكيلا إلا بالتجديد ، كذا في المبسوط . وذكر في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا وكل المكاتب ثم عجز) أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرق (أو المأذون له) أي أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أي أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه (فافترقا) أي فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أي العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) . أي علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين ، وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له ، لأن في كل شيء وليه العبد لاتسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفائه ، وله ولاية مطالبة استيفاء ماوجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لاشركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لايعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما ، كذا في المبسوط . قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط : ولقائل أن يقول : هذا لايفصل بين ما وليه وبين مالم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرته ، وجهة كونه شريكا ، فإن بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما ، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لاغير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا إلى هنا كلامه . واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا ، وكان القياس أن لايجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف ، وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك . وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الأمر إليه على العموم ، لأن مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لايحصل بتصرف

من الوكالة ، لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها ، فبعد ما انعزل لايعود وكيلا إلا بالتجديد . قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة ، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم . وإذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمروقد بطل بالعجز والحجر

ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمى فلا يتوقف على العلم

واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل . قال صاحب غاية البيان : قال الشيخ أبو نصر البغدادى : وهذا الذى ذكره القدورى جميعه جار على الأصل إلا فى الشريكين ، وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر ، إلى هنا لفظه ، يعنى أن أحد شريكى العنان أو المفاوضة إذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ماذكره القدورى ، ولكن ذلك خلاف الرواية الأخرى ، ألا يرى إلى ما قال محمد فى الأصل : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشىء مماذكرت لك وهو الذى ولى ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لاشركة بينهما ثم إن الوكيل أمضى الذى كان وكل به وهو يعلم أو لايعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعا . وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر ، وليس تفرقهما ينقض الوكالة ، إلى هنا لفظ محمد فى باب وكالة أحد المتفاوضين . ثم قال صاحب الغاية : والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدورى ، والغالب على ظنى أن القدورى أراد بذلك الوكالة الثانية فى ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل مافى ضمنه لامحالة ، وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لامحالة انتهى . أقول : إن قوله وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لامحالة ليس بتام لا محالة ، إذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لايكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشىء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل . وفى الرواية المذكورة أيضا إشارة إلى ذلك ، فإن قول محمد فى الأصل : إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشىء مما ذكرت لك وهو الذى ولى ذلك احتراز عن التوكيل بشىء لم يله الموكل بنفسه كما لايخفى . لايقال : مراد صاحب الغاية وإلا يلزم أن يكون ظاهر إطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل . لأنا نقول : هذا المعنى مشترك الالتزام ، فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا ، وأوله بتأويل بعيد كما ترى (ولافرق بين العلم وعدمه) أى لافرق فى الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لأن هذا عزل حكمى) أى عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) إذ العلم شرط للعزل القصدى

والافتراق ، ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم ، كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل ، وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضى فإنها لاتبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه ، وله ولاية مطالبة استيفاء ماوجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشىء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لايعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما ، كذا فى المبسوط . ولقائل أن يقول : هذا لايفصل بين ماوليه وبين مالم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرته ، وجهة كونه شريكا ، فإن بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهى مستندة إلى حال المفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى فى حقهما ، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لاغير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل فى حقهما جميعا ، وإذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا ببيع شىء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لأن كل واحد منهما فى حق صاحبه

(قوله وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشىء هو وليه) أقول : قوله هو راجع إلى أحد المتفاوضين ، والضمير فى قوله وليه راجع إلى شىء . قال فى النهاية : والشريكان فافترقا : أى وكل أحد الشريكين الثالث ، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم ، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه ، وأما فى الذى وليه الوكيل بنفسه فى المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق ، لأنه ذكر فى باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط ، وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشىء هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا إلى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى . ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر فى قول المبسوط وليه إلى الوكيل وهذا الشارح إلى أحد المتفاوضين . والأصح عندى إرجاعه إلى ما أرجع الشارح إليه ، وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الأخرى وهى مستندة) أقول : قوله هى راجع إلى قوله الأخرى

كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل . قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لأنه لايصح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلما قال : وهذا عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لاتعود الوكالة . لمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه

دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل) أي إذا باع ماوكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل . قال المصنف في تعليل ماذكر (لأنه لايصح أمره) أي أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والأمر في قوله لايصح أمره مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، كذا في العناية . أقول : هاهنا شائبة الاستدراك ، إذ لايخفى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لأنه بين غني عن البيان . لايقال : المراد بذلك دفع احتمال جريان الإرث من الوكيل في حق الوكالة . لأنا نقول : احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لابرأي غيره لايندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف ، لأن الأمر بالوكالة وإن لم يبق صحيحا بالنظر إلى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر إلى وارثه الحي فلا يتم التقريب (وإن لحق) أي الوكيل (بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود) من دار الحرب إلى دار الإسلام (مسلما) هذا إذا حكم القاضي بلحاقه فإنه قال شيخ الإسلام في المبسوط : وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فإنه لايخرج عن الوكالة عندهم جميعا مالم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار إليه شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه حيث قال : ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الإسلام ، وإذا قضى القاضي بلحاقه فقدر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى ، كذا في النهاية وغيرها (قال) أي قال المصنف (وهذا) أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لاتعود الوكالة) أي وإن عاد مسلما (لمحمد أن الوكالة إطلاق) أي إطلاق التصرف (لأنه) أي الوكالة

كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لايحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين ، وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى ، وفيه مافيه . وقد أول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة ، فإنهما إذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ماكانت في ضمنها ، هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لاغير على أنه مخالف لعبارة الكتاب . قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا الخ) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل ، فإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لأنه لايصح أمره بعد موته وجنونه ، والأمر مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، وإن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز أن يتصرف فيما وكل به

(قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا الخ) أقول : الظاهر أنه أراد مسئلة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون علمهما واحدا لاتحادهما في المملوكية والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول : يعني الإتقاني (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول : فإن المعنى المفهوم من قوله إذا وكل أحد الشريكين أنه إذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب ، وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم . ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة (قال المصنف : بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته) أقول : يعني لم يورث منه ، ففي قوله لأنه لايصح أمره بحث (قوله ومعناه الأمر الذي كان مأمورا به) أقول : الضمير في قوله به راجع إلى قوله الأمر (قوله وإنما عبر عنه بذلك الخ)

رفع المانع ، أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا . ولأبى يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر .

بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فإن الوكيل كان ممنوعا شرعا عن أن يتصرف فى شىء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أى بالوكيل : يعنى أن الوكيل لايحدث فيه أهلية وولاية ، بل إنما يتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وإنما عجز) أى وإنما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعنى أن الإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ، ولكن إنما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا) وفى المبسوط : ومحمد يقول : صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال ، فإذا زال يصير كأن لم يكن فبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو أغمى عليه زمانا ثم أفاق (ولأبى يوسف أنه) أى التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ) أى تمليك ولاية تنفيذ التصرف فى حق الموكل للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له (لأن ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) لجنس التصرف فى حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أى وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أى باللحاق بدار الحرب (لحق) أى الوكيل (بالأموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أى إذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أى الولاية : يعنى إذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه فى أم الولد والمدبّر) فإنه إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلما لايعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق ، فكذلك الولاية التى بطلت لاتعود ، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن وضع المسئلة فيما إذا قضى القاضى بلحاقه . وأما إذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل : قال صاحب

إلا أن يعود مسلما . قال المصنف : وهذا عند محمد ، فأما عند أبى يوسف فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلما . لمحمد أن التوكيل إطلاق لأنه رفع المانع ، ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف فى شىء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع ، وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك ، فإنه يتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له ، والإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض . وإنما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا ، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة ومخلصه معروف . ولأبى يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ ، فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة ، وولاية التنفيذ بالملك : أى تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ، فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لأنه لحق به بالأموات فصار كسائر أملاكه ، وإذا بطل الملك بطلت الولاية ، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول ، وإذا بطلت لاتعود كملكه فى المدبر وأم الولد ، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن فرض المسئلة فيما إذا قضى القاضى

أقول : أى عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة ، فإن قولنا لايصح سلب لحدوث الصحة (قوله وهذا ينزع إلى تخصيص العلة) أقول : وفى مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف فى تخصيص العلل إنما هو فى الأوصاف المؤثرة فى الأحكام لا فى العلل التى هى أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخلصه معروف) أقول : وهو جعل ارتفاع المانع جزءا من العلة والتفصيل فى كتب الأصول (قوله ولأبى يوسف أنه إثبات الخ) أقول : لايقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول إنه إثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية بالحاق فلا توكيل ، لأن الحاق بملكه فى المدبر وأم الولد فى عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات ، وفيه منع فإنه لم يكف الإلحاق فى عدم العود وما المقتضى لملاحظة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول : فيه نوع مصادرة حيث كان إثبات المقدمة الأولى بهذه المقدمة فليتأمل (قوله للتنفيذ بالوكالة) أقول : أى مالكا لولاية التنفيذ .

ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لاتعود الوكالة فى الظاهر . وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق .

العناية : بقى الكلام فى قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال : الوكيل له ولايتان : ولاية أصل التصرف ، وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله ، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شىء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى . أقول : إن قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم أنه بعيد التعلق عما استدل به عليه ، بل هو دليل على مفهوم ذلك ، وهو لا إثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا إليه فى شرح هذا المقام من قبل ، فالمعنى أن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له ، حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد ، لأن ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته فى حد ذاته ، فلا يتصور أن يثبتها الموكل له بالتوكيل ، وإن لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة فى مثل ذلك فنقول : هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهى لا إثبات ولاية التصرف له فلا إشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) أى وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه ، صرح به فى المبسوط وغيره (لاتعود الوكالة فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (وعن محمد أنها) أى الوكالة (تعود كما قال فى الوكيل) وفى السير الكبير يقول محمد : يعود الوكيل على وكالته فى هذا الفصل أيضا لأن الموكل إذا عاد مسلما عاد إليه ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله ، كذا فى المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعنى أن محمدا فرق بين الفصلين : أى بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل فى ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة فى ارتداد الوكيل إذا عاد مسلما فى جميع الروايات ، وبعدم عودها فى ارتداد الموكل إذا عاد مسلما فى ظاهر الرواية . فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال) أى وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفى حق الوكيل) أى ومبنى الوكالة فى حق الوكيل (على معنى قائم به) أى بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أى ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) أى بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضى به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر . وأما أبو يوسف فسوّى بين

بلحاقه ، وأما إذا لم يقض بذلك فإنه لايخرج من الوكالة عندهم جميعا . بقى الكلام فى قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله ، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شىء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ، ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لاتعود الوكالة فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنها تعود كما فى الوكيل لأن الموكل إذا عاد مسلما عاد إليه ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه ، وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوّى فى عدم العود بين الفصلين ، ولعل إيراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل

(قوله ورد عليه بعيب الخ) أقول : هذه المسئلة متفق عليها بين أبى يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ، ولذلك قال المصنف وعن أبى يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال بردته الخ) أقول : وزال الأمر بالتصرف ولم يتجدد .

قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة)وهذا اللفظ ينتظم وجوها : مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها ، بنفسه لأنه لما

الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل آخر بشيء) من الإثباتات أو الإسقاطات (ثم تصرف) أى الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) إلى هنا لفظ القدورى . قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أى الآخر (بإعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابته) أى بكتابة عبده (فأعتقه) أى أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فإن الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أى أو أن يوكله بتزويج امرأة معينة إياه (أو بشراء شيء) أى أو أن يوكله بشراء شيء بعينه له (ففعله بنفسه)أى ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه ، فإن ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أى ثلاث تطليقات (أو واحدة) أى أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فإن الوكالة تبطل هناك أيضا ، ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها ، وإنما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة ، والمراد بها ما دون الثلاث لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية . فإن للوكيل أن يطلقها مادامت فى العدة ، وأما إذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا فى العدة ولا بعدها ، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه ، وما لا فلا ، كذا ذكره فى النهاية والعناية . أقول : فى هذا الأصل نوع إشكال إذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة ، فإن الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به فى عامة الكتب ، وذكره المصنف أيضا فيما بعد ، مع أن الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجها منه مرة أخرى ؟ وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الأمر بالفعل لايقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما فى الأوامر الشرعية . والظاهر أن هذا التعليل يقتضى أن لايقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا . فإن قيل : بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد . قلنا : قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه . لايقال : قد تقع الحاجة إلى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة.لأنا نقول : قد تقع الحاجة إلى التزوج مرة أخرى أيضا فلم يتضح الفرق فتأمل(أو بالخلع)أى أو أن يوكله بأن يخالع امرأته(فخالعها) أى فخالعها الموكل(بنفسه)فإن الوكالة تبطل هناك أيضا.قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة كلها(لأنه) أى الموكل (لما

كان أنسب ، لكن لما ذكر العود هاهنا جرد ذكرها فى هذا الموضع ، والله أعلم . قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشيء من الإثباتات أو الإسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة ، فإذا وكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت ، وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة ، بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فأبانها فإن له أن يزوجها لموكله لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز ، وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها ، وإنما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فإن له أن يطلقها مادامت فى العدة . والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا ، وكذا إذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لأنه لما

(قوله جرد ذكرها فى هذا الموضع) أقول : الضمير فى قوله ذكرها راجع إلى المسئلة فى قوله ولعل إيراد هذه المسئلة .

تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوّجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل وأبانها له أن يزوّج الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ، فلو ردّ عليه بعيب بقضا قاض ؛ فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصاركالعزل . وقال محمد رحمه الله : له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق و العجز قد زال ،

تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل(فبطلت الوكالة) فى جميع ماذكر (حتى لو تزوّجها) أى لو تزوّج الموكل المرأة التى وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أى أبانها بعد أن تزوّجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أى لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لأن الحاجة قد انقضت) أى لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه . أقول : هاهنا كلام : أما أوّلا فلأن تفريع هذه المسئلة بحتى على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسائل المذكورة ليس بتام، لأن الموكل إنما تصرّف بنفسه فى تزوجها مرة أولى، فهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور . وفحوى هذه المسئلة أن لايكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ، ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لأن الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها ، فالأولى أن يترك أداة التفريع ويذكرهذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى سائر المعتبرات . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله لأن الحاجة قد انقضت أن الحاجة إلى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ، ولكن هذا لاينافى بقاء الحاجة إلى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب ، وإن أراد بذلك أن الحاجة إلى تزوّجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع ، إذ قد يحتاج الرجل إلى تزوّج امرأة واحدة مرارا متعددة لأسباب داعية إليه . فالأولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكر فى البدائع من أن الأمر بالفعل لايقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما فى الأوامر الشرعية (بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل) أى بخلاف ما إذا تزوّج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل (وأبانها) أى وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوّج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أى لبقاء حاجة الموكل إلى تزوّجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أى فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة أيضا (فلو ردّ عليه) أى فلو ردّ العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض؛ فعن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة (لأن بيعه بنفسه) أى لأن بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا إلا بتجديد الوكالة (وقال محمد : له) أى للوكيل (أن يبيعه) أى أن يبيع ذلك العبد(مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه) أى لأن الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (إطلاق) أى إطلاق التصرف وهو باق والامتناع إنما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أى وعجز الوكيل قد

تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ماذكر ومبناه انقضاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت ، فلو ردّ عليه بعيب بالقضاء ؛ فعن أبى يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل . وقيد بقوله بقضاء قاض لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدإ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . وقال محمد : له أن يبيعه مرة أخرى ، لأن الوكالة

(قال المصنف : لأن الحاجة قد انقضت) أقول : قال الإتقانى:فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها إياه الوكيل جاز فى قياس أبى حنيفة ، ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد لأنها صارت أمة ، ولنكاح الأمة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما انتهى . وقد سبق أدلة الجانبين لأصلهما فى النكاح .

بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة ، أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة . فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه ، والله أعلم .

زال بعود العبد إلى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة ، وإنما قيد الردّ بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع ، لأن الرد بغير القضاء كالعقد المبتدإ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما ، فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . واعلم أنه ذكر فى المبسوط مسئلة الردّ بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع للوكيل ، ووضع المسئلة فى الأمة فقال : ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردّت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لأن الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الأصل وعادت إلى قديم ملك الموكل ، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها ، وكذلك إن تقايلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدإ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء ، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها ، لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول ، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المـالك انتهى . ولم يذكر الخلاف أيضا فى المسئلة المذكورة فى الأصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للإمام علاء الدين الإسبيجابى ، ولكن ذكره القدورى فى شرحه فقال : قال أبو يوسف رحمه الله : ليس للوكيل أن يبيعه . وقال محمد : له أن يبيعه . ثم اعلم أن صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال : ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لاتعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه ، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والهبة ، ووجه الفرق له لم يتضح انتهى . فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال (بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب) أى الموكل (بنفسه ثم رجع)عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالإجماع (لأنه) أى لأن الموكل الواهب بنفسه (مختار فى الرجوع فكان ذلك)أى كان رجوعه مختارا(دليل عدم الحاجة) إلى الهبة ، إذ لو كان محتاجا إليها لمـا رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة (أما الردّ بقضاء) أى أما ردّ المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) إلى البيع . أقول : من العجائب هاهنا أن الشارح العينى قال فى شرح قول المصنف : أما الرد بقضاء : أى أما ردّ الهبة بقضاء القاضى ، وفى شرح قوله بغير اختياره : أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين ردّ الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بماسبق من مسئلة توكيله بالبيع ، وماذا يقول فى قوله (فإذا عاد إليه) أى إلى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل (أن يبيعه ، والله أعلم) فإنه صريح فى أن مراده الفرق بين البيع والهبة . وذكر فى التتمة قال محمد : لايشبه الهبة البيع ، لأن الوكالة بالبيع لاتنقضى بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة ، فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها ، أما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه ، فإذا رجع الموكل فى هبته عاد إليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى . قال فى البدائع : ثم هذه الأشياء التى ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهى لايفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل بها أو إذا لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة ، لكن تقع المفارقة فيها بين البعض

باقية لأنه إطلاق وهو باق ، والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال ، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ، لأن الموكل مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة : أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه ، والله أعلم .

(كتاب الدعوى)

والبعض من وجه آخر ، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل ، فكذا لو دبّره وأعتقه أو استحق أو كان حرّ الأصل ، وفيما إذا مات الموكل أو جنّ أو هلك العبد الذى وكل ببيعه أونحو ذلك لايرجع . والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك إعلامه إياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ، ومعنى الغرور لايتقرّر فى الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق. ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لايعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك فى يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل ، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل ، لأنه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ، ولو كان كذلك لرجع عليه ، فكذا هذا ، إلى هنا لفظ البدائع .

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب . ثم إن هاهنا أمورا من دأب الشراح بيان أمثالها فى أوائل الكتب ، وهى معنى الدعوى لغة وشرعا ، وسببها وشرطها وحكمها ونوعها ، فقال صاحب العناية : وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره ، وفى عرف الفقهاء : مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى . واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة. أقول : هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لاينافى استقامة تعريف نفس الدعوى بها ، إذ المباينة لصحة الشىء لاتقتضى المباينة لذلك الشىء ، ألا يرى أن كل شىء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية مالزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التى هى نفس الدعوى ولا محذور فيه ، فإن صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة . وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره . وفى عرف الفقهاء ماتقدم وهى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته . وسببها تعلق البقاء المقدر

(كتاب الدعوى)

(قوله وهى مطالبة حق الخ) أقول : فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة .

قال (المدعى من لايجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة)

وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل : وأما سببها فما هو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيوع ، لأن دعوى المدعى لاتخلو إما أن تكون أمرا راجعا إلى إبقاء نسله أو أمرا راجعا إلى بقاء نفسه وما يتبعهما . وكلاهما قد ذكرا . وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء . لأن الدعوى لاتصح فى غير هذا المجلس حتى لايجب على المدعى عليه جواب المدعى . ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعى على خصم حاضر ، وأن يكون المدعى به شيئا معلوما ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لايكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا ، لأن عند الجهالة لايمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به ، وأن لايلزم على المطلوب شىء بدعواه نحو أن يدعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره ، فإن القاضى لايسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله فى الحال . وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ، ولهذا وجب على القاضى إحضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب . وأما أنواعها فشيئان : دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة . فالصحيحة مايتعلق بها أحكامها وهى إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر ، وفى مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدعى بالبينة أو بالنكول ، والدعوى الفاسدة مالايتعلق بها هذه الأحكام ، وفساد الدعوى بأحد معنيين : إما أن لايكون ملزما للخصم شيئا وإن ثبتت على ماقلنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله . والثانى أن يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لايمكن إثباته بالبينة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول لابالبينة ولا بالنكول انتهى . أقول : فى تحريره نوع اختلال واضطراب ، فإن قوله وأما شرط صحتها على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة : وهى مجلس القضاء ، وحضور الخصم ، وكون المدعى به شيئا معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب . ويقتضى هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهى : انتفاءات هذه الشروط الأربعة ، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لايكون الخصم حاضرا إلى قوله لأنه يمكنه عزله فى الحال يشعر بأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة ، وهى عدم حضور الخصم ، وأن يكون المدعى به مجهولا ، وأن لايلزم على المطلوب شىء بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ كما فى قوله إن الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو : الكرم التقوى . والإمام من قريش على ماعرف فى علم العربية ، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لاغير ، لأن إضافة المصدر كما فى قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربى زيدا فى الدار على مانص عليه العلامة التفتازانى فى شرح التلخيص . ثم إن قوله وأما أنواعها فشيئان لايخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة (قال) أى القدورى فى مختصره (المدعى من لايجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح

بتعاطى المعاملات ، لأن المدعى به إما أن يكون راجعا إلى النوع أو الشخص . وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم ، فإن ادعى على غائب لم تسمع ؛ وكذا إذا كان المدعى به مجهولا لعدم إمكان القضاء . ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله فى الحال . وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفى أو الإثبات . وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها ، وفى دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة . قال (المدعى من لايجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لاتحصل إلا من مدع على مدعى عليه ؛ فمعرفة الفرق بينهما من أهم مايبتنى عليه مسائل الدعوى ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فلا بد من معرفتهما . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه . فمنها ما قال فى الكتاب : يعنى القدورى : المدعى من لايجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، وهو حد عام صحيح . وقيل :

(قوله إما أن يكون راجعا إلى النوع) أقول : كما فى دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول : التعليل .

ومعرفة الفرق بينهما من أهم مايبتنى عليه مسائل الدعوى . وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه ، فمنها ماقال فى الكتاب وهو حدّ عام صحيح . وقيل المدعى من لايستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ،

حيث قال فى متنه : المدعى من لايجبر على الخصومة : وقال فى شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القدورى ومن تبعه لأنه غير مجبور حالتى الترك والفعل ، والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى . أقول : فيه بحث إذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه فى هذه الحالة أنه لايجبر على الخصومة ضرورة عدم تصوّر الجبر على الفعل حالة حصوله . وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والإنسان قد يكون مدّعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما فى المودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر فى الكتاب فلابد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى فى الفرق بينهما (فمنها ما قال فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى (وهو حدّ عام صحيح ، وقيل المدعى من لايستحق إلا بحجة) وهى البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم فى باب اليمين (كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد) قال صاحب العناية : وهو ليس بعام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة انتهى . أقول : يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين : أحدهما أنه يقبل فى تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجىء فى الكتاب فلا يصدق عليه أنه لايستحق إلا بحجة . وثانيهما أن المودع فى تلك الصورة لايستحق شيئا ، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة . ثم أقول : يمكن الجواب عن الوجهين معا بأنه سيجىء فى الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعانى دون الصور ، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول مع اليمين ، وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة ، فحينئذ لاضير فى عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة أو معنى . ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّع ردّ الوديعة لايستحق إلا بحجة ، وأما استحقاقه بقوله فإنما هو من حيث أنه مدعى عليه ، وبالجملة قيد الحيثية معتبر . وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور : ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى . أقول : ويمكن الجواب عن هذا أيضا بأن دفع استحقاق غيره لاينافى استحقاق نفسه ، بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لاتتحقق بدون المستحق ، فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لاينافى صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله ، ومن هذا قال صاحب الكافى وصاحب الكفاية فى بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة ، فإنه إذا قال هو لى كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه . فإن قلت : صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ماتقرر فى علم العربية فيكون معنى

المدّعى من لايستحق إلا بحجة : يعنى البينة أو الإقرار كالخارج ، والمدّعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ، وهو ليس بعام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادّعى رد الوديعة ، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره . وقيل : المدعى من يلتمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وبمعناه قول من قال : المدعى كل

(قوله يعنى البينة أو الإقرار) أقول : أى بإقرار المدعى عليه (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول : إذ لايصدق عليه أنه لايستحق إلا بحجة حيث يقبل قوله أيضا مع يمينه بل هو لايستحق لشىء وهذا هو الأولى فى توجيه النقض (قوله إذا ادعى رد الوديعة) أقول : فإنه لايستحق لشىء (قوله ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه الخ) أقول : قد مر فى الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن فى العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقا إيماء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات .

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.

من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لايتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى . قلت : هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بأن يقال : المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذى اليد . ونظير هذا ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى ـ اهدنا الصراط المستقيم ـ من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم ، فالذى يلزم حينئذ من صيغة الفعل فى تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدّد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه. وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : قد مرّ فى الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء ، مع أن فى العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكونمستحقا بقوله إيماء إلى دفع هذا الكلام ، لأن معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اهـ . أقول : فى كل من شقى جوابه نظر : أما فى شقه الأول فلأنا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر فى أوائل الباب السابق. ولكن لانسلم أن مانحن فيه من ذلك القبيل فتأمل . وأما فى شقه الثانى فإنه لايذهب على من له دربة بالعلوم الأدبية أنه لافرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله فى إفادة التجدد والحدوث ، لأن صلة من فى كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا ، وكون الخبر اسما فى الثانية مما لا مدخل له فى إفادة الدوام والثبات أصلا . على أن الثقات من محققى النحاة كالرضى وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذى يدل عليه صيغة الفعل الناقص ، إما ماضيا أو حالا أو استقبالا ، فكان للماضى ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال . وقال الفاضل الرضى : وذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر فى جميع الزمن الماضى ، وشبهته قوله تعالى ـ وكان الله سميعا بصيرا ـ وذهل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لامن لفظ كان ؛ ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ ، وكان قياس ماقال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضا . وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا ردّ على ذلك القائل يعنى أنه يجىء دائما كما فى الآية ، ومنقطعا كما فى قولك كان زيد قائما ، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة ، إلى هنا كلامه . فقد تقرر من هذا أنه لادوام فى مضمون خبر كان عند المحققين ، وإنما ذهب إليه بعض ذهولا . وأما الدوام فى خبر يكون الذى كلامنا فيه فمما لم يذهب إليه أحد قط ، فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية ، نعم لو كان المذكور فى التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية : ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس يتمسك بالظاهر إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر ، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال لأن المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا. ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدّع ويتمسك بالظاهر. وهو عدم الضمان اهـ. أقول : فيه بحث ، إذ لانسلم أن المودع من حيث هو مدعى عليه

من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا ، والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرار الشىء على ماهيته ، والظاهر كون الأملاك فى يد الملاك وبراءة الذمم ، فالمدعى هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ماكان عليه ، ولعله منقوض بالمودع ، فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر ، إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل ربّ المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال ، لأن المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان . وقال محمد :

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول : ويندفع باعتبار قيد الحيثية فى كلا التعريفين .

وقال محمد رحمه الله فى الأصل : المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح لكن الشأن فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعانى دون الصور ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان .

ليس هو بمتمسك بالظاهر . قوله إذ رد الوديعة ليس بظاهر . قلنا : مسلم لكن لانسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه، بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر ، وكذا لانسلم أنه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة. والحاصل أن صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما ، وليس الأمر كما زعمه، كيف ولو تم ما زعمه لو رد النقض بالمودع إذا ادعى رد الوديعة على التعريف الأول أيضا بأنه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حد عام صحيح . ثم إن ماذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيما إذا ادعى المودع رد الوديعة ، وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجىء فى الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا . واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هاهنا حيث قال : فيه كلام ، وهو أن فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شىء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل ، بل إنما هى مجرد إنكار الضمان وثبوت الشىء فى ذمته ، بخلاف صورة الدين ، وأشير إلى هذا فى الكافى اه . أقول : نعم قد أشير إليه، بل صرح به فى الكافى وعامة الشروح . والظاهر أن صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا أن فى صورة الوديعة ليس فى ذمة المودع شىء من المال ، ولكن فى عهدته حفظ مال الوديعة ، إذ قد تقرر فى كتاب الوديعة أنها عقد استحفاظ ، وأن حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه ، ويتم مرامه . وأما قوله ولهذا قلنا إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ ، فيجوز أن يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين فى كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال فى إحداهما بالمال وفى الأخرى بالحفظ ، فالذى يقطع عرق إيراد صاحب العناية هاهنا ماقدمناه لاغير (وقال محمد رحمه الله : فى الأصل المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح) لما ورد من قول النبى صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » وروى « اليمين على المدعى عليه » (لكن الشأن فى معرفته) أى معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أى بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعانى دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين . قال صاحب العناية : يعنى إذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أى باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة إعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر معناها ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه . أقول : شرح هذا المقام بهذا الوجه لايكاد يصح . أما أولا فلأنه غير مطابق للمشروح لأن قول المصنف والترجيح

فى الأصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم «اليمين على من أنكر» وروى «اليمين على المدعى عليه» لكن الشأن فى معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا : يعنى إذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أى باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر

(قوله يعنى إذا تعارض الجهتان الخ) أقول : المراد بالجهتين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى لا الادعاء الصورى والإنكار المعنوى على مايتوهم من ظاهر كلامه ، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى .

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه وقدره)

بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله ، لأن الاعتبار للمعانى دون الصور صريح فى أن المعتبر هو المعانى لاغير ؛ وقول صاحب العناية : فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه مخالف له لأنه صريح فى أن الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لامن قبيل ترجيح إحداهما على الأخرى . وأما ثانيا فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره . فإن قوله فى الأول إذا تعارض الجهتان فى صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أى باعتبار المعنى دون الصورة ، صريح فى أن المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة ، وقوله فى الآخر فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناها ، صريح فى أن كلتا الجهتين معتبرتان . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية هاهنا وتبيين مرامه فقال : المراد بالجهتين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى لا الادعاء الصورى والإنكار المعنوى على مايتوهم من ظاهر كلامه ؛ فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اهـ . أقول : هذا أيضا غير صحيح . أما أولا فلأن الشرح لايطابق المشروح حينئذ أيضا ، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعانى دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين . وإن كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة قيدا للادعاء فى قوله وإن كان مدعيا للرد صورة . وأما ثانيا فلأنه لامعنى للتعارض بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى ، لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف فى الحقيقة أو التنافى فى الصدق ، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى . أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر ، وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلأن المنكر المعنوى فيما إذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان ، والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ؛ ولا تنافى بين إنكاريهما فى الصدق لجواز أن يصدقا معا بأن لايرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة فى يده من غير تعدّ منه ، فإذا لم يتحقق شىء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان فى قوله : يعنى إذا تعارض الجهتان . وأيضا إنما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد ، ومحل الإنكار الصورى مغاير لمحل الإنكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما ، بخلاف الادعاء الصورى والإنكار المعنوى فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعا ، ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ماقيل ، ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر . ثم إن الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ماتقتضيه عبارة المصنف ، وهو أنه إذا تعارضت الجهتان : أى جهة الادعاء الصورى وجهة الأنكار المعنوى فالترجيح بالفقه : أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا ، فإن الاعتبار للمعانى دون الصور ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة ، وأن يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصورة : إنما تقبل بينة المودع إذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه ، فإن البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه ، منها ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال : إن المرأة تدعى الزيادة ، فإن أقامت بينة قبلت ، وإن أقام الزوج تقبل أيضا لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا أقام المودع بينة على ردّ الوديعة على المالك تقبل اهـ . فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أوكرا . واعلم أن هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين ، فإن العين إذا كانت حاضرة تكفى الإشارة إليها بأن هذه ملك لى ، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ماسيفصل . فإن قلت : عبارة الكتاب لاتدل على التقييد .

معناها ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه . قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر مايعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك ، وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرّا ، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة ، والإلزام فى المجهول غير متحقق ،

لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام فى المجهول لايتحقق (فإن كان عينا فى يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى ، وكذا فى الشهادة والاستحلاف ، لأن الإعلام بأقصى مايمكن شرط وذلك بالإشارة فى المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ فى التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ،

قلت : نعم ، إلا أن العبارة وقعت كذلك فى عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان . ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحا للمقام . وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فى متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة . قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أى الإلزام على الخصم (بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام فى المجهول لايتحقق . أقول : فيه بحث ، وهو أن عدم تحقق الإلزام فى المجهول ممنوع ، إذ قد تقرر فى كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح ، وقد مرّ فى صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار ، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه فى المجهول أيضا لكونه مؤاخذا بإقراره فينبغى أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار . وبالجملة إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار ، فإن لم يتصوّر الأول فى دعوى المجهول يتصوّر الثانى فيها فلا يتم المطلوب . لايقال : إقرار الخصم محتمل لامحقق فلا يتحقق الإلزام فى دعوى المجهول بل يحتمل . لأنا نقول : المراد بتحقق الإلزام الذى عدّ فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل ، وإلا يلزم أن لاتتحقق الفائدة فى كثير من دعاوى المعلوم أيضا ، كما إذا عجز المدعى عن البينة ولم يقرّ الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لايقع الإلزام بالفعل قطعا (فإن كان) أى المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف إحضارها) أى كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (ليشير) أى المدعى (إليها بالدعوى) هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف إحضاره إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة ، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف (لأن الإعلام بأقصى مايمكن شرط ، وذلك بالإشارة فى المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ فى التعريف) حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضى عندها أو بعث أمينا ، كذا فى الكافى وغيره (ويتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة : أى بمجردها ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى (وعلى هذا القضاة) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة . والأصل فيه قوله تعالى ـ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ـ إلى قوله ـ بل أولئك هم الظالمون ـ سماهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أى من آخرهم إلى أولهم وقال صاحب النهاية : أى بأجمعهم ، وهذا أيضا صحيح بالنظر إلى المآل . وقال تاج الشريعة : أى من أولهم إلى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية ، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لايخفى (فى كل عصر) فإن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله ، وعثمان وعلىّ رضى الله عنهما فعلا ذلك ، والتابعون بعد

فإن كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة إليها فى الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى مايمكن شرط نفيا للجهالة ، وذلك فى المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ فى التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن ، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لى على

(قوله فإن كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها) أقول : يعنى كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين (قوله والإشارة أبلغ فى التعريف لكونها الخ) أقول : يعنى لكون الإشارة .

ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لأن العين لاتعرف بالوصف . والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين .

الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر ، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله ، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع (ووجوب الجواب إذا حضر) عطف على وجوب الحضور : أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم : فإن المقصود من حضوره الجواب (ولزوم إحضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضى (لما قلنا) إشارة إلى قوله ليشير إليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على إحضار العين المدعاة ، فالمعنى : ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكره) أى إذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب (قال : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدورى فى مختصره : أى وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لايدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لأن العين لاتعرف بالوصف) لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه ، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لايفيد (والقيمة تعرف به) أى والقيمة شىء تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به : أى والقيمة شىء تعرف به : يعنى والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى مايمكن الإعلام . وقد جعل صاحب العناية

فلان كذا درهما مثلا أشخص إليه ، لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك ، فيجب على المطلوب حضوره فى مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم : أى أجمعوا . والأصل فيه قوله تعالى ـ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ـ إلى قوله ـ بل أولئك هم الظالمون ـ سماهم ظالمين لإعراضهم عن الطلب ، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره ، ولزم عليه إحضار المدعى به لما قلنا من الإشارة إليها ، ولزم عليه اليمين إذا أنكره وعجز المدعى عن إقامة البينة ، وسنذكره : أى وجوب اليمين عليه فى آخر هذا الباب . قال (وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعنى إذا وقع الدعوى فى عين غائبة لايدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لأن العين لاتعرف بالوصف) وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر ، فذكره فى تعريفها غير مفيد (والقيمة) شىء (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا ، وقوله(وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لأن العين لاتعرف بالوصف :

(قوله لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول : فيه تأمل (قوله على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم) أقول : الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم إلى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول: يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة ، وأن يكون تفسيرا لقوله من أولهم إلى آخرهم (قال المصنف : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) أقول : قال العلامة النسفى فى الكافى : إن المدعى إن لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لايعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى . وعزاه إلى القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة . وقال العلامة الزيلعى فى شرح الكنز : فإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته (قال المصنف : والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول : حال من الضمير المستتر فى قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد إلى ذى الحال لاتحاده معه ، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به فى الحال (قوله إذا وقع الدعوى ، إلى قوله : فذكرها يكون مفيدا) أقول : يعنى أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ فى الوصف لإمكان المشاركة فى الوصف كما مر ، فذكر الوصف فى تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شىء تعرف بها العين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لأن العين الخ) أقول : بل من قوله والقيمة تعرف به فإنه أقرب لفظا ومعنى .

وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة .

الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لاتعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) قال صاحب الكافى نقلا عن القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة : وإن كان العين غائبا وادعى أنه فى يد المدعى عليه فأنكر أن بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أم قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه ، لأن الإنسان ربما لايعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اهـ . وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الإمام فخر الإسلام البزدوى : إذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى بيان القيمة ، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لايعرف قيمة ماله ، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضر به ، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه ، ثم قال : وإذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط عن الشهود بالطريق الأولى اهـ . وقال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز بعد نقل ما ذكر فى الكافى : فإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا ، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته اهـ . وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل مافى الكافى : أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر ، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل ، فإن كلام الكافى لايكون كافيا إلا بهذا التحقيق ، الحمد لله على التوفيق انتهى . أقول : يرد عليه أن ماذكره من الفائدة جار فى جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا ، فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول ، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت فى دعوى العين الغائبة فقط . ويمكن أن يقال فى دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة فى جميع صور دعوى المجهول لايقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا ، بل لابد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها ، وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى فى صورة دعوى العين الغائبة المجهولة ، وهى أن الإنسان ربما لايعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به . وبقى بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر ، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ، ولكن يرد حينئذ أن يقال : إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق فى غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول ، كما إذا كان لمورث رجل ديون فى ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما ، فلو كلف ذلك الوارث فى دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به ، إذ الإنسان ربما لايعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال فى يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه فى ذمم الناس ، فينبغى أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ماقيل فى صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه مما لم يقل به أحد . ثم أقول : الظاهر من قولهم : وإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الأولى أن فى دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به ، لكنه مشكل جدا ، فإن القاضى بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعى على المدعى عليه ، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به فى صدر كتاب الدعوى حيث

يعنى والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لايخفى (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبى حنيفة ، لأن حق المالك قائم فى العين المستهلكة عنده ، فإنه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته ، فلو لم يكن حين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ فى ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهى دين فى الذمة ، والصلح على أكثر من جنس الدين لايجوز ، وإذا كان كذلك لابد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى ، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة . ومن المشايخ من أبى ذلك

(قوله على أكثر من قيمته) أقول : كما سيجىء فى كتاب الصلح .

قال (وإن ادعى عقّارا حدّده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) .

قالوا : إن من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما ، وعللوه بعدم إمكان القضاء بالمجهول . لايقال : القاضى يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول . لأنا نقول : الجبر عليه إنما يصح لو أقرّ بما ادعى عليه على الجهالة ، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ماتقرر فى كتاب الإقرار . وأما إذا لم يقرّ به بل ثبت بالبينة كما فيا نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجمل شيئا فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقى الإشكال . فإن قلت : القاضى لايحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم بردّ تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة فى قيمة تلك العين لافى نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول . قلت : قد مرّ فى الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لابغيرها فالجهالة فى قيمة العين جهالة فى نفسها . وأيضا إذا حكم القاضى بردّ العين الغائبة إلى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردّها إلى صاحبها ولم يردها إليه فالقاضى إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال ، وإن لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة . فإن قيل : القاضى لايحكم على الخصم بشىء من المال بل يحبسه ليردّ العين المدعاة إلى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هى الحبس . قلنا : إلى متى يحبسه . إن حبسه أبدا يصير ظالما له بعد أن ظهر عجزه عن ردّها إلى المدعى بأن يمضى على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ماذكر فى كتاب الغصب ، وإن حبسه إلى مدة ظهور عجزه عن ردها إلى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد فى الشرع عند إثبات الحقوق المالية . وبالجملة لايخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن ادعى عقارا حدده) أى ذكر المدعى حدوده (وذكر أنه) أى العقار (فى يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) أى وذكر أن المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى . أقول : هكذا وقع وضع هذه المسئلة فى عامة معتبرات المتون ، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف فى تعريفه عند الدعوى ، وليس كذلك إذ قد صرّح فى معتبرات الفتاوى بل فى بعض شروح الهداية أيضا بأنه إذا وقعت الدعوى فى العقار فلا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود . وقال فى الخلاصة : تصح الدعوى إذا بيّن المصر والمحلة والموضع والحدود . وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم ، وذكر المص أو القرية لازم انتهى . وقد صرح فى معتبرات الفتاوى أيضا بأن الفقهاء اختلفوا فى البداءة ، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندى فى شروطه : إذا وقع الدعوى فى العقار فلابد من ذكر البلدة التى فيها الدار ، ثم من ذكر المحلة ، ثم من ذكر السكة ، فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد ، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل منه إلى الأخص . وقال أبو زيد البغدادى : يبدأ بالأخص ثم بالأعم ، فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا فى كورة كذا

لأنّ المقصود فى دعوى الدابة المستهلكة القيمة ، فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة . قال (وإن ادّعى عقارا حدّده الخ) إذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلاثة أشياء : تحديده ، وذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه ، وأنه يطالبه به . أما الأول فللإعلام بأقصى مايمكن فيه ، وذلك إنما يكون بذكر البلدة ، ثم الموضع الذى هو فيه ثم بذكر حدوده ، لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف ، ولابد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، إلا إذا كان معروفا مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى فإنه يستغنى عن ذكرهما ، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ماعرف هو الصحيح ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا ، خلافا لزفر لوجود الأكثر ، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لايكفى ، بخلاف ما إذا غلط فى الحدّ الرابع وأنث فى الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به : أى بالغلط فى الحد المدعى ، ولا كذلك بتركها ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ، ولو غلطا فى الثمن لاتجوز شهادتهما لأنه صار عقدا

(قوله وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ) أقول : يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هو فيه بطريق الدلالة فافهم .

لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد فإن العقار يعرف به ، ويذكر الحدود الأربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم . ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح . ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط فى الرابعة لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة . وقوله فى الكتاب وذكر أنه فى يد المدعى عليه لابد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده ، وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة ،

وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد ، فيبدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد . قال : فى كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ماقاله محمد بن الحسن أحسن ، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه ، فإن جعفرا فى الدنيا كثير ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد وهذا أخص ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجد انتهى . وقال فى المحيط : اختلف أهل الشروط فى البداءة بالأعم أو بالأخص ، وأهل العلم بالخيار فى البداءة بأيهما شاء انتهى . وقال عماد الدين فى فصوله : قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص ، أو من الأخص إلى الأعم إجماع منهم على شرطية البيان انتهى . فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف فى تعريف العقار ، بل لابد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر . قال المصنف فى تعليل لزوم التحديد فى دعوى العقار (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل) أى نقل العقار (فيصار إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به) أقول : لقائل أن يقول : إن تعذر النقل لا يقتضى تعذر التعريف بالإشارة لجواز أن يحضر القاضى عند العقار أو يبعث أمينه إليه فيشير المدعى إليه فى محضر القاضى أو أمينه بعين ما قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ماذكرناه فيما مر . ويمكن أن يدفع بأن المنقولات التى يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضى أو أمينه عندها لعدم تأديه إلى الحرج ، بخلاف العقارات فإنها كثيرة ، فلو كلف القاضى بحضوره عندها أو بعث أمينه إليها لأدى إلى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ماعرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الأب يكفى (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى (يكتفى بذكره) يعنى لاحاجة إلى ذكر الأب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب . وفى الدار لابد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبى حنيفة ، وعندهما لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه . وله أن قدرها لا يصير معلوما إلا بالتحديد ، كذا فى الكافى وغيره (فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر) دليل لنا : يعنى أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل فى الشرع فنعمل به هاهنا أيضا (بخلاف ما إذا غلط فى الرابعة) أى فى الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعنى إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر . وأما إذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لأنه يختلف به) أى بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها) ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ، ولو غلط فى الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقدا آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة) فيجرى فى الثانية ما يجرى فى الأولى (وقوله فى الكتاب) أى قول القدورى فى مختصره (وذكر أنه) يعنى العقار (فى يد المدعى عليه لابد منه لأنه) أى المدعى عليه (إنما ينتصب خصما) أى فى دعوى العين (إذا كان فى يده) أى إذا كان المدعى فى يده (وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه) أى العقار (فى يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه ، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه فى يده لم تقبل شهادتهم ، وكذا الحال فى غير هذه الصورة ، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلابد أن يسألهم القاضى

آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط ، وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة . وأما الثانى

أو علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما ،

أعن معاينة تشهدون أم عن سماع ، كذا ذكر فى معتبرات الفتاوى (أو علم القاضى) عطف على البينة أى أو بعلم القاضى أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يكفى تصديق المدعى عليه أنه فى يده ، وإنما لاتثبت اليد فى العقار إلا بالبينة أو علم القاضى على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه) أى لعله (فى يد غيرهما) أى غير المدعى والمدعى عليه . قال صاحب النهاية : أى يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه . وهو فى الواقع فى يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف فى مال الغير ، ويؤدى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه فى يد الثالث اه كلامه . وقد اقتفى أثره فى شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العينى . أقول : هذا خبط عظيم منهم . أما أما أولا فلأن المدعى عليه فى الصورة المزبورة لايدعى على أحد شيئا بل يصدق المدعى فى قوله إن العقار فى يد المدعى عليه ؛ ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضى الحكم باليد للمدعى عليه . والحكم بحقوق العباد يقتضى سابقة الدعوى . وأما ثانيا فلأن الحكم من القاضى لايصح إلا بحجة من البينة أو الإقرار وقد انتفت بقسميها فى تلك الصورة . أما انتفاء البينة فلأن المفروض أن لاتقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه . وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق للغير على نفسه . ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعى بالنسبة إلى حق اليد فى تلك الصورة ، فإذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه فى تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمدعى عليه هناك ، فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه الخ . والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون فى يد غيرهما ، وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعى فى أن ذلك العقار فى يد المدعى عليه فيقيم المدعى البينة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضى للمدعى بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذى كان ذلك العقار فى يده فى الواقع ويفضى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ذلك الغير ، ولقد أفصح الإمام قاضيخان فى فتاواه عن هذا حيث قال : وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البينة على رجل أن فى يده الدار التى حدها كذا وبين حدودها فإن القاضى لايسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك مالم يقم البينة أن الدار فى يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا فى محدود فى يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها فى يده ويقيم المدعى بينته عليه أنها له والدار فى يد غيرهما ، وهذا باطل لأن هذا

فلابد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى به فى يده ، وفى العقار لايكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده ، بل لاتثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه فى يده ، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل ، وكذا فى غير هذه الصورة لابد فى الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضى أنه فى يده نفيا لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون فى يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه

(قال المصنف : نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما) أقول : قال ابن البزازى فى فتاواه فى كتاب الدعوى فى آخر الفصل الخامس عشر فى نوع من الخامس عشر : ذكر الصدر الشهيد وغيره فى الفرق بين المنقول وغيره أن النقلى لو كان قائما لابد من إحضاره فيعاين الحاكم يده ، وإن كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفى العقار تهمة المواضعة ثابتة لأنه ليس فى يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم ، فربما يتواضع المدعى مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يطلق الشاهد الأداء بأنه ملكه بحكم الحاكم ، ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد ، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لايقبل كما علم ، وهذه التهمة فى المنقول منتفية لأن المنقول يكون فى يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة ، ولأن المالك لايمكنه من النقل والإحضار بين يدى الحاكم انتهى كلام ابن البزازى ، فلا يرد ما اعترض عليه فى بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة فى العين أيضا (قوله ليحكم القاضى باليد) . أقول : فيه بحث ، إذ لاحكم هنا من القاضى للمدعى عليه ، ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد فى لقض قضاء الترك ؛ ألا يرى أنهما إذا ترافعا إلى القاضى وعجز المدعى عن البينة فحلف المدعى عليه يترك المدعى فى يده ، ثم إذا جاء المدعى

بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة . وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده ، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق .

قضاء على المسخر اه (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلامجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أى قول القدورى فى مختصره (وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية : فى عبارته تسامح لأنه يئول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه اه كلامه .
أقول : كل من إيراده وجوابه ساقط . أما سقوط الأول فلأن الضمير فى طلبه ليس براجع إلى حقه كما توهمه ، بل هو راجع إلى مايرجع إليه ضمير حقه وهو المدعى ؛ فالمعنى المطالبة حق المدعى فلابد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى إعانته فلا مسامحة أصلا . وأما سقوط الثانى فمن وجهين : الأول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول هاهنا هو المدعى عليه ، والذى دخل عليه الباء هو المدعى ، فلوكان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ، ولا خفاء فى فساده .
والثانى أن المدعى أيضا ليس بحق المدعى البتة ، بل إن ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه وإلا فلا ، فنى ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه ، اللهم إلا أن يقال إنه حقه فى ابتداء الأمر أيضا على زعمه ، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول . ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف .
وقال بعض الفضلاء : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها اه . أقول : هذا بعيد عن الحق ، وأبعد مما قاله صاحب العناية فى جوابه . أما الأول فلما ذكرناه فى سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين . وأما الثانى فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث ، وهذا مما لاتقبله الفطرة السليمة ، بخلاف ما قال صاحب العناية (ولأنه يحتمل أن يكون) أى المدعى (مرهونا فى يده) أى فى يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن فى يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لوكان مرهونا أو محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (فى المنقول) أى فى دعوى المنقول (يجب أن يقول فى يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشىء الذى أدعيه فى يد المدعى عليه بغير حق

وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف فى مال الغير وذلك يفضى إلى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ثالث ، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة . وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلابد من طلب حقه ، وفى عبارته تسامح لأنه يئول إلى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده ، وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا : أى بسبب هذا الاحتمال

بشهود يؤخذ منه . والحق ما فى النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها ، ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع إلى المدعى لا إلى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار (قال المصنف : وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق) أقول : قال صاحب الوقاية : وفى المنقول يزيد بغير حق . قال صدر الشريعة فى شرحه : فإن الشىء يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لأجل الثمن .
أقول : هذه تشمل العقار أيضا ، فلا أدرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى . ونحن نقول : فإن احتمال كون المنقول فى يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ماصرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية . وأجاب صاحب الفرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداهما أن دعوى الأعيان لاتصح إلا على ذى اليد كما قال فى الهداية إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة ، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة . إذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإن فيه مشاهد فوجب دفعها

. . . .

إزالة لهذا الاحتمال ، فإن العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق . أقول : يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة ، كما فى دعوى العقار فينبغى أن لاتجب زيادة بغير حق فى دعوى المنقول ، كما لاتجب فى دعوى العقار ، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول يكون الدليل الذى ذكره المصنف فى وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول . ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط فى الكلام وتحقيق فى المقام ، وهو أن ذكر المطالبة مما لابد منه فى دعوى المنقول أيضا على مايقتضيه الدليل الذى ذكره المصنف فى دعوى العقار وفى دعوى الدين ، لكن لايجب ذكرها قبل إحضار المدعى عليه المنقول إلى مجلس القاضى ، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعى بأقصى مايمكن شرط ، وذلك فى المنقول لايكون إلابالإشارة كما مر ، فما لم يحضر المنقول إلى مجلس القاضى لم تحصل الإشارة إليه ، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصر معلوما بما يجب إعلامه به ، ومالم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة فى ذكر المطالبة به ، يرشد إليه قول المصنف فيما سيأتى ، لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقى شىء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة . ولا شك أن إحضار المنقول إلى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى ، فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة ، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك أن يقول فى يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه إحضار المدعى المنقول إلى مجلس القاضى ، ويصح للقاضى تكليفه بإحضاره إليه . والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق فى دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعى عليه إحضار المدعى إلى مجلس الحكم ، ووجوب إحضار المدعى إلى مجلس القاضى مختص بدعوى المنقول كما مر فى الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور فى دعوى المنقول دون غيرها . ثم لما زيد القيد المذكور فى دعوى المنقول قبل إحضار المدعى عليه المدعى إلى مجلس القاضى وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره

قال المشايخ فى المنقول : يجب أن يقول وهو فى يده بغير حق ، لأن العين فى يد ذى اليد فى هاتين الصورتين بحق ، وإن كان المدعى به حقا فى الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا : يعنى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، وهذا لأن صاحب

فى دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى ، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر . وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج إلى إثباته ، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى. ورد هذا الجواب بأنه قد صرح فى الهداية والشروح بأنه لابد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن . ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لايخفى على المتدبر انتهى . وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والإلهام فأقول : لاشك أن فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة ، وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لايحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فإن فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لاشبهة فيه ، فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق . أو نقول : لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته ، ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره ، فاغتنم هذا فإنه هو الكلام الفصل ، والقول الجزل . الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله . ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لنفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار .

. . . .

إليه إلا علة واحدة ، وهى أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هى العلة فقط فى دعوى الدين ، بخلاف دعوى العقار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف ، وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال فى شرحه للوقاية : أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا ، فلا أدرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اهـ . ثم إن هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين ، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها . فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداهما أن دعوى الأعيان لاتصح إلا على ذى اليد ، كما قال فى الهداية : إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة ، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة . إذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهدة فوجب دفعها فى دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى ، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر . وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اهـ . ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح فى الهداية والشروح بأنه لابد من المطالبة فى العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لايخفى على المتدبر فتدبر اهـ . وقال بعض الفضلاء : وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام ، فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ، ومستمدا من ولى الفيض والإلهام ، فأقول : لاشك أن فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة . وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لايحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود ، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها ، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فإن فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق . أو نقول : لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته ، ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره ، فاغتنم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل . ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار ، إلى هنا كلامه . وأقول : ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماه بالتحقيق مما لايجدى طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق . أما أولا فلأن خلاصة كلامه هى أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد ، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة ، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه ، فإن فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فأوجبوا

الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لابد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهبا أو فضة ، فإن كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو ردىء أو وسط إذا كان فى البلد نقود مختلفة ، وأما إذا كان فى البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك .

قال (وإن كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به . قال (وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فإن اعترف قضى عليه بها)

تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة ؛ لأن الحاصل منها أن لايصح الإتيان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الأول ، وهذا لاينافى صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بأن يقول المدعى إنه فى يده وإن يده بغير حق ، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرا فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد . كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها ، إذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة فى المطالبة لا فائدة أيضا فى بيان أن يده بغير حق ، وهذا مما لاسترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول . وبالجملة إن ما ذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الأول لاوجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا . وأما ثانيا فلأنه حينئذ يبقى الإشكال فى المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع فى دعوى المنقول أيضا بالمطالبة ، فينبغى أن تترك الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تترك فى دعوى العقار ، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى ، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول أيضا فلا يدفع : أى لايقصد بها دفع ذلك الاحتمال فى المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه . وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الإشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل . الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن كان حقا فى الذمة) أى وإن كان المدعى حقا ثابتا فى الذمة : يعنى إن كان دينا لاعينا (ذكر أنه يطالبه به) يعنى ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه مايشترط فى العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) أى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه) أى تعريف ما فى الذمة وهو الدين (بالوصف) أى بالصفة ؛ فالمعنى لكن لابد من تعريفه بالوصف كما لابد من تعريفه بالجنس والقدر على ماعرف فيما مر من قول القدورى ، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه وقدره (لأنه يعرف به) أى لأن مافى الذمة يعرف بالوصف : أى الصفة ، بأن يقال إنه جيد أو وسط أو ردىء بعد أن يذكر جنسه وقدره ، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيما إذا كان المدعى دينا وزنيا إن كان فى البلد نقود مختلفة . أما إذا كان فى البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر فى الشروح ومعتبرات الفتاوى ، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ ، لكن الأظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان ، فالمعنى لكن لابد من تعريف ما فى الذمة أيضا بالبيان : أى ببيان مايحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ، ومن نوعه وصفته فى بعض الصور على مافصل فى النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشنى . وبالجملة لابد فى كل جنس من الإعلام بأقصى مايمكن به التعريف (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا صحت الدعوى) أى وإذا صحت الدعوى بشروطها (سأل) أى القاضى (المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أى لينكشف للقاضى وجه الحكم : أى طريقه إن ثبت حق المدعى فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة : البينة ، والإقرار ، والنكول . ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فإن اعترف قضى عليه بها) أى فإن اعترف المدعى عليه قضى القاضى عليه بالدعوى بمعنى المدعى

وبالجملة : لابد فى كل جنس من الإعلام بأقصى مايمكن به التعريف . قال (وإذا صحت الدعوى الخ) إذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضى المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم ، فإنه على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة ،

(قوله وإذا صحت الدعوى ، إلى قوله فإنه الخ) أقول : يعنى فإن الحكم على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج الخ .

لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وإن أنكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ليمكنه الاستحلاف . قال (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ، ولابد من طلبه لأن اليمين حقه ؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

أو بموجب الدعوى . ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء ، فكان الحكم من القاضى إلزاما للخروج عن موجب ما أقرّ به ، بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها ، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، وقد جعلها القاضى حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب فى حق العمل بها ، كذا فى الشروح وغيرها ، وقد أشار إليه المصنف بقوله (لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره) أى يأمر القاضى المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما يوجبه الإقرار (وإن أنكر) أى المدعى عليه (سأل المدعى البينة) أى طلب القاضى من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أى لقول النبى عليه الصلاة والسلام للمدعى (ألك بينة ؟ فقال لا) أى قال المدعى لا بينة لى . (فقال) أى قال النبى صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أى يمين المدعى عليه (سأل) أى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أى فلابد للقاضى من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أى ليمكن القاضى استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن أحضرها) أى فإن أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أى قضى القاضى بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهى : أى البينة فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل ، وقيل فيعلة من البين إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا فى الكافى (وإن عجز عن ذلك) أى وإن عجز المدعى عن إحضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أى استحلف القاضى خصمه على دعواه (لما روينا) إشارة إلى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد أن قال المدعى لا (ولابد من طلبه) أى من طلب المدعى استحلاف خصمه (لأن اليمين حقه) أى حق المدعى (ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام) أى كيف أضيف اليمين إلى المدعى بحرف اللام فى قوله صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » والإضافة إليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه ، وإنما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا إلى ضمير اليمين التى هى مؤنث على تأويل القسم أو الحلف . قال صاحب الكافى : والفقه فيه : أى فى كون اليمين حق المدعى أن المدعى يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف ، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتواء بمقابلة إتواء ، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع

أو يصير ما هو بعرضية أن يصير حجة حجة ، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر ، فإن كان الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقرّ به لأن الإقرار حجة بنفسه ، لايتوقف على قضاء القاضى لكمال ولاية الإنسان على نفسه ، فكان الحكم من القاضى أمرا بالخروج عن موجب ما أقرّ به ، ولهذا قالوا : إطلاق الحكم توسع ، وإن كان الثانى فالحكم فيه أن يجعل القاضى الشهادة المحتملة للصدق والكذب التى هى بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضى بها حجة فى حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها ، فإذا لابد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين ؛ فإذا سأل ، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه ، وإن أنكر سأل المدعى البينة لقوله صلى الله عليه وسلم « لك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة ، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب ، وإن عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن اليمين حقه ؛ ألا يرى أنه

(قوله وإن كان الثانى ، إلى قوله : إذا قضى القاضى بها حجة) أقول : قوله حجة مفعول ثان أن يجعل .(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال لك يمينه ») أقول : الرواية فى المصابيح « فلك يمينه » وهذا أظهر فى الدلالة على الترتيب .

. . . .

وألا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ، ولا يتضرّر به بوجه انتهى . وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما فى الكافى : ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس ، لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لأن فيه إساءة الظن بالآخر ، وذلك لايجوز فوجب إقامة البينة على المدعى لإثبات استحقاقه بها ، فيطالبه القاضى بذلك لاعلى وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له ، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه ، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين ، فلو حلفناه أوّلا ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية : وفيه نظر ، وبيّن وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال : وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة ، كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة اهـ . وقال بعض الفضلاء : قوله لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث ، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل اهـ . أقول : بحثه هذا ليس بشىء لأن مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد إليه قطعا قوله كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة ، ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه ، لأن افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة إنما يلزم فى هذه الصورة ، فاحتمال كون مشروعية البينة إذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لايفيد فى دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية ؛ على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح فى نفسه لأن النكول عن اليمين ليس بعجز عنها ، إذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعى ، بخلاف العجز عن البينة على ما لايخفى . ثم أقول : بقى نظر آخر فى كلام صاحب النهاية ، وهو أن مشروعية إقامة البينة بعد اليمين تقتضى أن لايكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا ، لأن إقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ، ومشروعية إقامتها بعد اليمين تقتضى حسنها ، فإن كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا ، والظاهر أن مايستلزم الحسن الشرعى فهو حسن شرعى أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل .

كيف أضيف إليه بحرف اللام فى قوله « لك يمينه » . قيل إنما جعل يمين المنكر حق المدعى لأنه يزعم أن خصمه أتوى حقه بإنكاره ، فالشرع جعل له حق استحلافه ، حتى إذا كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالقصاص ، وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ، ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه ، لأن فيه إساءة الظنّ بالآخر وذلك لايجوز ، فوجب إقامة البينة على المدعى لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لاعلى وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له ، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه ، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين ، فمن الجائز إقامتها بعدها ، وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة ، وفيه نظر .

(قوله قيل إنما جعل) أقول : هذا القيل لصاحب النهاية وأصله فى المبسوط (قوله وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول : انتهى كلام النهاية مع تغيير يسير فى بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول : نقل من خط الشارح ما هو صورته : وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة . انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث ، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل .

(باب اليمين)

(وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبى حنيفة رحمه الله ، معناه حاضرة فى المصر .

(باب اليمين)

قال صاحب النهاية : وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة، فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين اه . أقول : فيه شىء ، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة لايجرى على قول أبى يوسف رحمه الله ، وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب ، فلم يكن ماذكره وجها جامعا لأقوال أئمتنا ، على أنه لما ذكر فيا تقدم حال البينة إجمالا ذكر فيه أيضا حال اليمين إجمالا ، فهما مشتركان فى الذكر الإجمالى فيا قبل هذا الباب . وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيا بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب ، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى ؛ فالأولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى . وقال صاحب غاية البيان : أقول ماكان يحتاج هاهنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين انتهى . وقال الشارح العينى بعد نقل مافى غاية البيان : قلت الذى رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها انتهى . أقول : هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب ، لأن ما استقبحه صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة ، كيف وقد قال : بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا ، فما ذكره الشارح العينى مما لامساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه . ثم أقول : فى دفع ذلك إن إفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها ، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيا بينهم ، وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ، ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على إفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هاهنا بمحل استقباح ولااستبعاد كما لايخفى (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى : إذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر . واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم ، فإن البينة إذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيا سيأتى كما إذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ، واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن الغائبة عن المصر ، ، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق . ثم إن الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بذكر قول القدورى إذا قال المدعى لى بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله

(باب اليمين)

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين . قال (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) إذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه »

(باب اليمين)

وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف . فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه . كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس .

فلعل وجهه أمران : أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر . وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف ، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير ، فاقتضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه) أي حق المدعي (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح : ويجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » . أقول : لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا ، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا ، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » لما عدل عن أساوبه المقرر ؛ ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال : إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل . فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » أي ما جوزه صاحب الغاية لا غير . ويؤيده تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال : وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » انتهى . فإن قلت : الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن اليمين حقه ، فإن كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص . قلت : نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فإن كلمة على في قوله « على من أنكر » تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي . نعم انفهامه من الأول أظهر ، لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فإذا طالبه به يجيبه) أي إذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي : أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي : أي يحلف (ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة : أي بغير العجز عنها . أقول : لقائل أن يقول : إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا ، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » (كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هاهنا والجامع القدرة على إقامة البينة . أقول : لأبي يوسف رحمه الله أن يفرق بين

فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين ، مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة

(قوله فإنه ذكر اليمين بعد ماعجز الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن دلالة ذكر اليمين بعد ماعجز المدعي عن البينة على أن لا يكون حقه دونه

ومحمد مع أبي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى . قال(ولا تردّ اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » قسم والقسمة تنافى الشركة ، وجعل جنس الأيمان على المنكرين ،

الصورتين بأن يقول : إذ لم تكن البينة حاضرة فى مجلس الحكم فللمدعى غرض صحيح فى الاستحلاف ، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه فى الحال فكان له حق اليمين ، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة فى مجلس الحكم ، فإن هذا الغرض : أعنى قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه فى الحال يحصل بإقامة البينة ، فلم يبق له غرض صحيح فى الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى) قال صاحب غاية البيان : وهذه رواية عجيبة ، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوى قال فى مختصره : ومن ادّعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضى استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضى ما ادعاه المدعى ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه فى ذلك أن القاضى لايستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعى أن له على دعواه بينة حاضرة ، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف له على ذلك ، ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه ، إلى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره ، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ، ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمدا مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوى ؟ ألا ترى أن القدورى قال فى كتاب التقريب : قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية . وقال الشارح العينى بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف فى جعله محمدا مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالا . قلت : لاوجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوى على أن محمدا مع أبي حنيفة لايستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى . أقول : هذا الكلام منه عجيب ، لأن الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية فى مختصره ، فكيف يصح أن يسندها المصنف إليه ، وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله فى أصلها ، حتى يتمشى ما قاله العينى من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لايستلزم عدم وقوف غيره عليها ، وكون محل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفى على الشارح العينى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تردّ اليمين على المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر ») وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبىّ صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمة تنافى الشركة) لأن الشركة تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضى التمييز وهما متنافيان . وبقوله (وجعل جنس الأيمان على المنكرين) إذ الألف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر فى كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق ، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك

فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة فى مجلس الحكم ، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى ، ولا تردّ اليمين على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، والقسمة تنافى الشركة لأنها تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين فى قوله

ليست فى الظهور بحيث لايقبل المنع (قال المصنف : فلا يكون حقه دونه) أقول : لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى ـ فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ـ ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغى أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل ، فإنه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير إليه قوله كما إذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبي يوسف) أقول : ولعل أبا يوسف يكتفى بالعجز فى المجلس فإن للمجلس خصائص (قال المصنف : قسم الخ)

وليس وراء الجنس شيء ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله . قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق :

معهود ، وهاهنا كذلك (وليس وراء الجنس شيء) أى شيء من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين ، فلو ردّ اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أى في عدم ردّ اليمين على المدعى خلاف الشافعي . قال صاحب الكافي : وعند الشافعي إذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى به وإلا لا ، لأن الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه ، وكذا إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ اليمين عليه ، فإن حلف قضى له بما ادّعى ، وإن نكل لايقضى له بشيء ، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ، ثم قال : وحديث الشاهد واليمين غريب ، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه ، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى . وقال الإمام الزيلعي في التبيين : قال الشافعي : إذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه ، فإذا نكل تردّ اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى له ، وإن نكل لايقضى له لأن الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه ، فإنه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه . وقال أيضا : إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين » ويروى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد » . ولنا ما روينا وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض مارويناه ، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد : يعنى بجنسه وتارة بيمين ، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما ، وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة ، والمراد على التعاقب ، ولئن سلم أن يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى ، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لايعتبر ، فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير ، إلى هنا كلامه (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب

عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » وليس وراء الجنس شيء) استدلال آخر بالحديث ، وفيه خلاف الشافعي وسيأتي. قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه ، وليس عليه البينة لما روينا ، وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بينة ذى اليد بالإجماع . فإن قيل : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدّعى عليه. قلت : نعم لأن قبولها من حيث ماادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى . فإن قلت : فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدّعى عليه قلت لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعى عن البينة وهاهنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذى اليد في الملك

أقول : استئناف بيانى (قال المصنف : وفيه خلاف الشافعي) أقول : قيل إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعى صار الظاهر شاهدا للمدعى وصار المدعى من هذه الحيثية منكرا ، فإن المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا . قلنا : على تقدير تسليم ذلك لايرتفع الخلاف ، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعى وعدمه ، وهذا يحققه ، وإنما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الأيمان على المنكرين وعدمه ، وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في الجميع ، ولا يجبر ردها على المدعى ، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعى منكرا من حيثية النكول ، إذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل ، وكذا مايؤدى إليه (قال المصنف : ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول : بل عليه اليمين إن عجز الخارج ، ولهذا المعنى أوردها هنا ، ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا المسئلة السابقة كأنه قيل : لاتقبل يمين المدعى ولا بينة المدعى عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول : لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه ، وليس كذلك فإنه لايجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لأن اليمين) أقول : أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب

وبينة الخارج أولى) .

بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك ، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق ، فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع ، كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد هذا ، فإن قيل : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه ؟ قلت نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي . فإن قلت : فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ؟ قلت : لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة ، وهاهنا لم يعجز ، إلى هاهنا كلامه . وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأول بأنه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه ، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه . وعلى جوابه عن السؤال الثاني بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا ؟ أقول : إيراده الثاني متوجه ظاهر ، وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه . وأما إيراده الأول فمندفع لأن ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة ، وإنما يجبر عليها من حيث أنه مدّعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده ، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدّع على ذي اليد استحقاقه لما في يده . وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها . وتحقيقه أن دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالأصالة ، فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ، ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه ، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج ، وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ، ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرّر عندهم ، وهو أن المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة ، كما إذا ادّعى رجل على آخر دينا معينا فادّعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إبراءه عن ذلك الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء ، وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه . ثم أقول : بقي لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول ، وهو أنه بيّن الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ ، فالأول والثالث صحيحان ، والثاني ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضا في الصورة الثانية أن يكون المدعي في يده بالفعل لا أن يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب ، وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان . ولا يخفى أن كون المدعي في يد القابض في تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن إقامة البينة عليه وقبول بينته بالإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام . فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا ، وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك ، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي

المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا . وقال الشافعي : يقضى ببينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتمد أقوى ، فصار كما إذا أقاماها على نتاج دابة وهي في يد أحدهما ، أو أقاماها على نكاح ولأحدهما يد ، فإنه يقضى لذي اليد ، وصار كدعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه ، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه ، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق ، وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر

على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل (قوله لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول : يعني لعدم زيادة

وقال الشافعي : يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد فيتقوّى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبته اليد لايثبته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك ،

ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي : يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد) أى لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أى فيتقوّى ظهور المدعى (وصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) أى كحكم مسئلة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضى لذى اليد (والنكاح) أى وكحكم مسئلة النكاح بأن تنازعا فى نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذى اليد أولى(ودعوى الملك مع الإعتاق) أى وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذى اليد أولى (أو الاستيلاد) عطف على الإعتاق ، فالمعنى : أو دعوى الملك مع الاستيلاد بأن تكون أمة فى يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذى اليد أولى(أو التدبير) أى أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد فى يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنه عبده دبره فبينة ذى اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا) أى فى علم القاضى (أو إظهارا) أى فى الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع (لأن قدر ما أثبته اليد لاتثبته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك) ألايرى أن من رأى شيئا فى يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له ، فبينة ذى اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل ، وإنما هى مؤكدة للملك الثابت باليد ، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك . وأما بينة الخارج فمثبتة لأصل الملك ، فصح قولنا إنها أكثر إثباتا ، وما هو أكثر إثباتا فى البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ماشرعت البينات لأجله فيه . هذا زبدة مافى الشروح فى حلّ كلام المصنف هاهنا . فإن قيل : بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجيب بأن البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لايتصور فلا تكون بينة ذى اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، كذا فى العناية . أقول : بقى هاهنا شىء ، وهو أن المتبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتا ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذى اليد فى الملك المطلق أن لذى اليد أيضا بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضا ، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر إثباتا ، لكن التحقيق يقتضى أن لايكون لذى اليد بينة شرعية فى الملك المطلق ، وأن لايكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلا لأنه مدّعى عليه محض ، وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام

إثباتا : يعنى فى علم القاضى ، أو إظهارا : يعنى فى الواقع ، فإن بينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع لأن قدر ما أثبتته اليد لاتثبته بينة ذى اليد، لأن اليد دليل مطلق الملك فبينته لاتثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل ، بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك أو تظهره ، وما هو أكثر إثباتا فى البينات فهو أولى لتوفر ماشرعت البينات لأجله فيه . فإن قيل : بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ماثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لايتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، بخلاف النتاج والنكاح ، لأن اليد لاتدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لامؤكدة ، فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجح إحداهما باليد. فإن قيل : كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر

يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعيا (قوله أو إظهارا .الخ) أقول : لعل الأظهر أن أو للتخيير فى التعبير (قوله لأن قدر ما أثبته اليد الخ) أقول : تعليل لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتا (قوله وما هو إلى قوله لأجله فيه) أقول : الضمير فى قوله فيه راجع إلى الموصول فى قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول : فى الورق السابق عند شرح قول المصنف : وإذا صحت الدعوى بشروطها :

بخلاف النتاج لأن اليد لاتدل عليه . وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها . قال(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي : لايقضي به بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال . ويمين المدعى دليل الظهور فيصار إليه . ولنا أن النكول دلّ على كونه باذلا أو مقرا ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا

« البينة على المدعى واليمين على من أنكر» كما مر بيانه . فالأظهر فى الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ماذكر فى بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر» فإنه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة فى جانب المدعى ، لأن اللام فى البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق فى جانب المدعى عليه إلا اليمين ، والمدعى اسم لمن يدعى الشيء ولادلالة معه . ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوّة والخارج بهذه المثابة لأنه لادلالة معه على الملك ، بخلاف ذى اليد فإن اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لأن اليد لاتدل عليه) فكانت بينة ذى اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجحت إحداهما باليد ، وكذا الحال فى النكاح ، إلا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته إما نسيانا وإما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره فى النتاج (وكذا على الإعتاق وأختيه) أى وكذا اليد لاتدل على الإعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير ، فاستوت البينتان فى الإثبات فى هذه الصور أيضا فترجحت إحداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أى بهذه الأشياء الثلاثة وهى : الإعتاق ، والاستيلاد، والتدبير : يعنى أن اليد لاتدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البينتان فى ذلك أيضا فترجحت إحداهما باليد (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أى قضى القاضى على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أى وألزم القاضى المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى . وفى بعض نسخ مختصر القدورى : ولزمه بدل وألزمه : أى ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى(وقال الشافعي: لايقضى به) أى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف) المدعى (يقضى به) أى يقضى له بما ادعاه ، وإن نكل المدعى أيضا انقطعت المنازعة (لأن النكول) تعليل لقوله لايقضى به (يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أى عن اليمين الصادقة ، كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال : أخاف أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذبا ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده فى مبسوطه (واشتباه الحال) أى ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لايدرى أنه صادق فى إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أى لاينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعى دليل الظهور) أى دليل ظهور كون المدعى محقا (فيصار إليه) أى فيرجع إلى يمين المدعى (ولنا أن النكول) أى نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) أى دل على كون المدعى عليه باذلا إن كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة (أومقرّا) أى على كونه مقرّا إن كان النكول إقرارا كما هو مذهبهما (ولولا ذلك)أى ولولا كونه باذلا أو مقرّا (لأقدم على اليمين إقامة للواجب) وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » وكلمة على للوجوب(ودفعا

إثباتا لأنها تثبت اليد والنتاج ، وبينة ذى اليد تثبت النتاج لاغير . أجيب بأن بينة النتاج لاتوجب إلا أولية الملك وهما تساويا فى ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له (قوله وكذا على الإعتاق) أى اليد لاتدل على الإعتاق والاستيلاد والتدبير ، فتعارضت بينة الخارج وذى اليد ثم ترجحت بينة ذى اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أى بالإعتاق والاستيلاد والتدبير ، ومعناه أن البينتين فى الإعتاق وأختيه تدلان على الولاء ، إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا فى ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادّعاه

(قوله وهما قد استويا فى ذلك) أقول : يعنى استويا فى الولاء ، وقوله وهما راجع إلى البينتين فى قوله معناه أن البينتين فى الإعتاق الخ .

للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ،

للضرر عن نفسه) أى دفعا لضرر الدعوى عن نفسه (فترجح هذا الجانب) واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب ، فقال صاحب العناية : فترجح هذا الجانب : أى جانب كونه باذلا إن ترفع أو مقرّا إن تورّع . لأن الترفع والتورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن توزيع كونه باذلا أو مقرا إلى التورّع والترفع مما لايكاد يصح هاهنا ، لأن النكول عند أبى حنيفة بذل لاغير ، وعندهما إقرار لاغير ، فعلى التوزيع المزبور لايثبت الرجحان فى هذا الجانب على الترفع والتورع معا فى واحد من المذهبين ؛ بل إنما يثبت رجحان كونه باذلا فى مذهب أبى حنيفة على الترفع فقط ، ورجحان كونه مقرّا فى مذهبهما على التورع فقط ، وبه لايتم المطلوب على شىء من المذهبين ، لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الشافعى ، وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لايتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب . والحاصل أن فى تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى . وأما ثانيا فلأنا لانسلم أن التورّع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه ، إنما يحلّ إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورعّ عنها واجب فى كل حال . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإن ماذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى. أقول : هذا غير وارد ، فإن الإفضاء إليه فى صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا ، لأن كون المنكر كاذبا فى يمينه إنما يتصوّر فيما إذا كان للمدعى حق عليه فى الواقع ، فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعى قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه ، وكذا الإفضاء إليه فى صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل ، لأن يمين

عليه ، وقال الشافعى : لايقضى عليه بل تردّ اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى به ؛ وإن نكل انقطعت المنازعة ؛ لأن نكول المدعى عليه يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن اليمين الصادقة ويحتمل اشتباه الحال ، وما كان كذلك لاينتصب حجة ، بخلاف يمين المدعى لأنه دليل الظهور فيصار إليه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلا إن كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة ، أو مقرا إن كان إقرارا كما هو مذهبهما ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وكلمة على للوجوب ، ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب : أى جانب كونه باذلا إن ترفع ، أو مقرّا إن تورّع ، لأن الترفع أو التورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير . واعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس ، لأن الله تعالى قال ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ـ فالقضاء بالنكول يخالفه . وقال صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ولم يذكر النكول واليمين فى جانب المدعى عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهدا له ، وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمين إلى جانب المدعى ، ولهذا بدأنا فى اللعان بالأيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر ، فإن الإنسان لايلوّث فراشه كاذبا وإن كان مدعيا . وأجيب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما مايدل على نفى القضاء بالنكول ، لأن تخصيص الشىء بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه ، والإجماع يدل على جوازه ، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك ، وما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خلاف ذلك . روى عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعى ، فقال : ليس لك إليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدى علىّ رضى الله عنه ، فقال له علىّ : قالون ، وهو بلغة أهل الروم أصبت .

(قوله إذا لم يفض إلى الضرر الخ) أقول فيه بحث ،فإن ماذكره من الإفضاء بالضرر إلى الغير غير ظاهر (قوله واعترض بأن الإلزام الخ) أقول : هذا الكلام لايتوجه من طرف الشافعى ،إذ ليس فى الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعى أيضا إلا أن يكون إلزاميا ، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهى نسخ عندكم فليتأمل (قوله والإجماع يدل على جوازه) أقول : الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول : بل معناه فى لغتهم جيد .

ولا وجه لردّ اليمين

المنكر حق المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» كما مرّ. فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعى بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمه. وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية: فترجح هذا الجانب: أى جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع، لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى. أقول: وفيه أيضا بحث، أما أولا فلأن ماذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب: أى جانب كونه باذلا أو مقرّا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغى أن يلتزمه الناكل، ولم يفد رجحانه على التورّع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورّع، وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضا داخلا فى ذلك الجانب. يبقى أن يقال: ماذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باذلا أو مقرّا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط، وهو يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الخصم، وبمجرد الرجحان عليه لايتم مطلوبنا كما مر آنفا. وأما ثانيا فلأن ما ذكراه من الدليل غير مذكور فى كلام المصنف وغير منفهم منه، فكيف يتم بناء شرح قول المصنف، فترجح هذا الجانب عليه، والفاء فى فترجح تقتضى التفريع على ماسبق من كلامه كما لايخفى. وقال صاحب غاية البيان: فترجح هذا الجانب: أى ترجح جانب كون الناكل باذلا أو مقرّا على الوجه المحتمل، وهو كونه متورّعا أو نحو ذلك لأن النكول امتناع عن اليمين التى وجبت عليه، فلولا أن النكول بذل أو إقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعى، والعاقل الدين لايترك الواجب ولا يقدم على الظلم. والحاصل أن النكول إن كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون إقرارا، وإن كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى. أقول: وفيه أيضا بحث؛ أما أولا فلأن قوله وظلما على المدعى ليس بتامّ، إذ لانسلم أن النكول لو لم يكن بذلا أو إقرارا لكان ظلما على المدعى لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة، فحينئذ لايتحقق الظلم على المدعى لأن صدق المدعى عليه فى إنكاره يستلزم كذب المدعى فى دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يعدّ النكول ظلما على المدعى فى صورة صدق المدعى عليه أيضا من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على مامر، وأن فى النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى فى الجملة. وأما ثانيا فلأن فى التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول إن كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون إقرارا، وإن كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خللا حيث لايكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه فى بحثنا الأول فى كلام صاحب العناية. فالصواب عندى فى حلّ مراد المصنف هاهنا أن يقال: فترجح هذا الجانب: أى جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل الدين لايترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشىء من تلك الوجوه المحتملة. أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضرورى أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لايترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته، فإن لم يكن الناكل باذلا أو مقرّا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا. وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لايترك الواجب عليه أيضا بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطى حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضا. وبالجملة إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى بأسرها فيترجح كون الناكل باذلا أو مقرا بالضرور (ولا وجه لرد اليمين

وإذا ثبت الإجماع بطل القياس، على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضى الاستمهال من القاضى لينكشف الحال

على المدعى لما قدمناه . قال (وينبغى للقاضى أن يقول له إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا . فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء . قال (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء العذر ، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى ؛

على المدعى لما قدمناه) أشار به إلى قوله ولا ترد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » الخ ، ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعى فى ردّ اليمين على المدعى وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافى والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أى القدورى فى مختصره (وينبغى للقاضى أن يقول له) أى للمدعى عليه (إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا) أى ثلاث مرات (فإن حلفت) أى إن حلفت خلصت أو تركتك (وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) أى بما ادّعاه المدعى . قال المصنف (وهذا الإنذار) أى قول القاضى وإلا قضيت عليك بما ادعاه (لإعلامه بالحكم) أى الحكم بالنكول (إذ هو موضع الخفاء) لكونه مجتهدا فيه ، فإن للشافعى خلافا فيه ، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل ، كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء الأعذار) أى فى إظهارها : يعنى أن هذا التكرار الذى ذكره الخصاف للاستحباب لا لأنه شرط لجواز القضاء بالنكول ، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام ؛ فإنه مستحب لا واجب ؛ وأوضح هذا بقوله (فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط فى شىء منهما (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ ، كذا فى أكثر الشروح ، وهذا معنى قول صاحب الكافى والتقدير بالثلاث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، والجمهور على أنه للاحتياط ، حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح انتهى . وقال صاحب غاية البيان : احتراز عن قول الخصاف فإنه يشترط التكرار انتهى . أقول : هذا ليس بشرط صحيح ، فإن المصنف بعد ما صرّح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء الأعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والأول أولى) أى العرض ثلاث مرات أولى : يعنى أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث

لا ردّ اليمين ، فإن رد اليمين لا وجه له لما قدمناه فى قوله ولا ترد اليمين على المدعى (قال : وينبغى للقاضى أن يقول له الخ) وينبغى للقاضى أن يقول للمدعى عليه إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه ، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول ، وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه ، فإن للشافعى خلافا فيه لما مرّ غير مرة . ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول ، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط فى شىء منهما . والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء الأعذار فصار كإمهال المرتدّ ثلاثة أيام فإنه أولى ، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البذل والإقرار فيشترط فيه التكرار ، وصورة ذلك أن يقول القاضى أحلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شىء منه ، فإن

(قوله فإن للشافعى خلافا فيه لما مر) أقول : فإن زمان الشافعى متأخر ، ولا وجه لكون كلام أبى حنيفة مبنيا عليه ، وإنما قال أولى دون الصواب لأن مبنى قول أبى حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعى ، وخلاف الشافعى يستدل به على أنه محل الاجتهاد ، فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل (قوله ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول : قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط فى شىء منهما) أقول : يعنى من البذل والإقرار (قوله وصورة ذلك) أقول : أى صورة العرض ثلاث مرات

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف ، وقد يكون حكميا بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

مرات . وفى النهاية : وذكر فى فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال : رجل قدّم رجلا إلى القاضى فادّعى عليه مالا أو ضيعة فى يده أوحقا من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضى فأبى أن يحلف ، فإنه ينبغى للقاضى أن يقول له إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات . فإن حلفت وإلا ألزمتك المدعى ، ثم يقول له القاضى : احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى يدعى وهو كذا وكذا ولا شىء منه ، فإن أبى أن يحلف بالله فى المرة الأولى يقول له فى المرة الثانية كذلك ، فإن أبى أن يحلف فى المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شىء منه ، فإن أبى أن يحلف يقضى عليه بدعوى المدعى ، وإن قضى القاضى بالنكول فى المرة الأولى نفذ قضاؤه انتهى . قال صاحب الكافى : ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القضاء ، وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف انتهى . وقال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز : ولا بد من أن يكون النكول فى مجلس القاضى لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة ، ولا معتبر باليمين عند غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر . وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف . ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه . إلا أنه ليس له أن يخاصمه مالم يقم البينة على وفق دعواه ، فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها . وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها ، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به ، وليس بشىء أصلا لأن عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر . وكان شريح رحمه الله يقول : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث فى يمينه : إن كان لفلان على ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه ألفا ، وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه . وعند محمد لا يظهر، إلى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت ، وحكمه) أى حكم الثانى وهو الحكمى (حكم الأول) وهو الحقيقى (إذا علم أنه لا آفة به) أى بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضا : آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف ، فقال بعض أصحابنا : إذا سكت سأل القاضى عنه هل به خرس أو طرش ، فإن قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ، ومنهم من قال يحبس حتى يجيب ، والأول صحيح كذا فى غاية

نكل يقول له ذلك ثانيا ، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثا فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى (قال : وإذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس ، أوادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها فى العدة وأنكرت أو بالعكس ، أوادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه فاء إليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه فى ولاء العتاقة أو الموالاة ، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده ، أو ادّعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة ، لأن المولى إذا ادّعى ذلك ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها ، أوادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج ، أوادعى على رجل ما يوجب الحدّ وأنكره فإنه لا يستحلف فى هذه كلها عند أبى حنيفة . وقالا : يستحلف فى ذلك كله ، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا فى الحدود واللعان . لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار السابق

(قوله إلا فى الحدود الخ) أقول : استثناء من قوله وقالا : يستحلف .

قال (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحد ودواللعان . وقالا : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان .

البيان نقلا عن شرح الأقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لايستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لايستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضا بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والفيء في الإيلاء) أي في دعوى الفيء بالإيلاء أيضا بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاد) أي وفي دعوى الاستيلاد أيضا بأن ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجرى فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضا بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس(والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة ، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضا بأن ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضا بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج . واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا ، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فتقرّر أنه لايستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا . وإنما اختلافهم في الأشياء السبعة الباقية . وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير : والفتوى على قولهما ، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه ، فإن رآه متعنتا يحلفه ويأخذه بقولهما ، وإن كان مظلوما لايحلفه أخذا بقوله انتهى . وفي النهاية : هذا كله إذا لم يكن المقصود مالا ، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم ، فإن نكل يقضي عليه ببينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب . وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لاتبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتتخلص منه وتحلّ للأزواج . وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة ، وهكذا

لما قدمناه : يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه ، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما اه ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، والإقرار يجرى في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لايندرئ بالشبهات فلا يجرى في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجرى فيه أيضا ، وعليه نقوض إجمالية : الأول ما ذكره في الجامع : رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف ، ولو كان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله

(قال المصنف : ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول : قال الزيلعي : قال القاضي الإمام فخر الدين : الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة : يعني في هذا التي عدها سوى الحدود واللعان انتهى . إنما قال في الأشياء الستة نظرا إلى اتحاد النسب والاستيلاد (قال المصنف : يستحلف في ذلك كله الخ) أقول : قال في النهاية : لايستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا فقال : إن زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى . ينبغي أن يقول العبد في دعواه إنه قد أتى بما علق عليه عتقي ولا يقول إنه قد زنى كي لايصير

وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاى وهذا ابنى منه وأنكر المولى . لأنه لو ادّعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها . لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار على ماقدمناه . إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقرارا أو بدلا عنه ، والإقرار يجرى فى هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان فى معنى الحدّ .

فى الواقعات أيضا . وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هى المدّعية بالله ماهذه امرأتك بهذا النكاح الذى ادّعته ؛ وإن كان الزوج هو المدعى تحلف بالله ماهذا زوجك على ما ادعى . والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغى للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه . فإن رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما ؛ وإن رآه مظلوما لايحلفه أخذا بقول أبى حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة فى التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه أن القاضى إن علم بالمدعى التعنت فى إباء التوكيل لايمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم . وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعى فى التوكيل لايقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين . كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبى . وفى الحدود : لايستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنيت فأنت حرّ فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى ، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا ، كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى ، إلى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاى وهذا ابنى منه وأنكر المولى . لأنه لوادعى المولى يثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها) وإنما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مساغ للدعوى فى هذه الصورة إلا من جانب واحد . بخلاف أخواته الخلافية فإن للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيا مر (لهما) أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار) أى فى إنكاره السابق (على ماقدمناه) يعنى قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب فى يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا فى العناية وغيرها(فكان)أى النكول(إقرارا أو بدلا عنه) بفتح الدال: أى خلفا عن الإقرار : يعنى أنه قائم مقام الإقرار . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف هاهنا ، عين أولا كون النكول إقرارا ، ثم فرع على دليله كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد . ولا يدفعها ماذكر فى النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التى ترد عليهما فى القول بالإقرار انتهى . إذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد أوّلا أيضا أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه فى الموضعين معا ، بل كان هذا : أى الاكتفاء به هو الذى ينبغى كما ستقف عليه (والإقرار يجرى فى هذه الأشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف فى الأشياء المذكورة . تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجرى فى هذه الأشياء ينتج أن النكول يجرى فى هذه الأشياء . فإذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهى القضاء بالنكول كما فى سائر مواضع الاستحلاف(لكنه)أى لكن النكول(إقرار فيه شبهة)لأنه فى نفسه سكوت(والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجرى النكول فيها (واللعان فى معنى الحدّ) لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج ، حتى أن كل قذف يوجب حدّ القذف على الأجنبى إذا قذف الأجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج ، وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة كما تقرر

فى المرة الأولى كما لو أقرّ فى تلك المرة . الثانى الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ماذكره فى المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالا

فاذفا مولاه (قال المصنف : وصورة الاستيلاد أن يقول الخ) أقول : يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لايصح عكسه فلذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان فى معنى الحد) أقول : قوله واللعان مبتدأ ، وقوله فى معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض إجمالية) أقول : بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لايخفى على من له أدنى تأمل ودربة .

. . . .

فى باب اللعان فلا يجرى النكول فيه أيضا . قال صاحب العناية : وعليه نقوض إجمالية : الأول ما ذكره فى الجامع : رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقى ثم وجد به عيبا فخاصمه فى النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردّ عليه ثم خاصمه فى النصف الثانى فأنكر لم يلزمه ويستحلف ، ولوكان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله فى المرة الأولى كما لو أقرّ فى تلك المرة . الثانى الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ماذكره فى المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لايقضى به على الكفيل ، ولوكان النكول إقرارا لقضى به. والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه . فوجه الإقرار ما تقدم ، ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار ، فإن أقرّ فقد انقطعت ، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين ، فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة . فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقرارا لاترد على تقدير كونه بدلا منه ، ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى ، إلى هاهنا كلامه. أقول : ماذكره فى الجواب منظور فيه من وجوه : الأول أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ماتقدم ، ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ماتقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ، ولهذا فرّعهما المصنف عليه حيث قال : فكان إقرارا أو بدلا عنه . الثانى أن الوجه الذى ذكره لكونه بدلا منه غير تام ، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بذلا كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لابدلا عن الإقرار ، وقطعه الخصومة لايدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلا أيضا ، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلا عنه ، فحينئذ أيضا لايتم التقريب . الثالث أن الإقرار إذاكان مخالفا فى الأحكام لما هو بدل عنه كما هو فى صورة النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضا فى الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور فى الكتاب . الرابع أن قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى إنما يتم لوكان المذكور فى دليلهما المسفوركون النكول إقرارا فقط. ولما كان المذكور فيه كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج فى دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شىء أصلا فلم يتم قوله المذكور . ثم إن لبعض الفضلاء كلامين فى تحرير صاحب العناية هاهنا : أحدهما فى جانب السؤال والآخر فى جانب الجواب . أما الأول ففى قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال : بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لايخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى. وأما الثانى ففى قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى حيث قال : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى . أقول : كل واحد منهما ساقط . أما الأول فلأن كون تلك الأسئلة معارضات مما لايكاد يحسن لأن حاصل كل واحد

فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لايقضى به على الكفيل ، ولوكان النقول إقرارا لقضى به . والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه فوجه الإقرار ما تقدم . ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة ، وذلك بالإقرار أوالإنكار فإن أقرّ فقد انقطعت ، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين ، فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة ، فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقرارا لاترد على تقدير كونه بدلا منه،ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى . ولأبى حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم ، لأن اليمين لاتبقى واجبة مع النكول ، وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار لحصول المقصود به ، لكن إنزاله باذلا أولى كى لايصير كاذبا فى الإنكار السابق ، والبذل لايجرى

(قوله ولوكان النكول إقرارا لقضى به) أقول : قال الزيلعى : لوكان إقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك ، فإنه لايجوز إلا فى مجلس القاضى وقضائه فافهم ، ولعل الجواب هو الجواب ، وأيضا الذى جعلاه إقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها إنما هو فى مجلس القضاء فليتأمل (قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار) أقول : أى خلفا عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة : يعنى أنه خلف ضرورى لامطلق (قوله بقطع الخصومة) أقول : الظاهر أن يقول يقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى) أقول : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف (قوله وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار الخ)

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأن معه لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كى لايصير كاذبا فى الإنكار ،

منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقرارا فى صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين ، وهو صريح نقض إجمالى ، ولا لطف للحمل على المعارضة فى شىء منها لأن المدعى هاهنا وهو كون النكول إقرار اكلى ،وما ذكر فى كل واحد منها صورة جزئية لاتدل على خلاف المدعى بالكلية ، وإنما غر ذلك البعض قول السائل فى ذيل كل واحد من تلك الأسئلة ، ولو كان النكول إقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر ، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا لإقامة الدليل على خلاف المدعى كما لايخفى . وأما الثانى فلأن مراد صاحب العناية بالمدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرار المستدل عليه فى كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار على ماقدمناه ، فإذا صير فى الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلا عن الإقرار لا لنفس الإقرار فقد غيّر ذلك المدعى قطعا ، وكون قولهما إن النكول إقرار مقدمة الدليل بالنظر إلى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لاينافى كونه مدعى بالنظر إلى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل . والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضات والمعارضة إقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم ، وهذا لايتصور إلا بأن يكون المدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرار ، إذ لامساس لتلك الأسئلة بأصل المسئلة كما لايخفى (ولأبى حنيفة أنه) أى النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهبة والتمليك ، ولهذا قلنا : إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول ، وهبة نصف الدار شائعا لاتصح ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لأن معه) أى مع البذل (لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أى لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الإقدام على اليمين ، هذا هو العلة المجوّزة لكون النكول بذلا ، وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه إقرارا فهى ما أشار إليه بقوله (وإنزاله باذلا أولى) أى من إنزاله مقرّا (كى لايصير كاذبا فى الإنكار) أى فى إنكاره السابق : يعنى لو حملناه على الإقرار لكذبناه فى إنكاره السابق ، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب . قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدّى بقضاء ، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لايضمن شيئا ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى . وأجيب عنه بأن بدل الصلح وجب بالعقد ، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى ، وأما هاهنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بإزاء ماوجب لى فى ذمته بالقضاء ، فإذا استحق رجعت بما فى الذمة . وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لايجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا . وأجيب عنه بأن الحكم لايجب بالبذل الصريح . وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لايجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة . وقيل عليه يقضى بالقصاص فى الأطراف بالنكول ، ولو كان بذلا لما قضى به لأن البذل لايعمل فيها . وأجيب عنه بأنا لانسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل إذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها ، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين .

فى هذه الأشياء ، فإنه إذا قال مثلا أنا حرّ وهذا الرجل يؤذينى فدفعت إليه نفسى أن يسترقنى ، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحث لهذا أن يدعى نسبى ، أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت إليه نفسى أو أبحت له الإمساك لايصح . وعليه نقوض : الأول أنه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدّى بقضاء كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لايضمن شيئا ، ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى . الثانى لو كان بذلا كان إيجابا فى الذمة ابتداء وهو لايصح . الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لايجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا . الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ، ولو كان بذلا

أقول : تقريره لايطابق المشروح (قوله إذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول : كما إذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثانى لو كان بذلا لكان إيجابا الخ) أقول : الملازمة ممنوعة إن أريد كان إيجابا من الناكل ، وإن أريد فى زعم المدعى فليس بزعمه ابتداء . والجواب أن المراد

والبذل لايجرى فى هذه الأشياء . وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلايستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ،

هذه خلاصة ما فى الشروح ههنا من الأسئلة والأجوبة (والبذل لايجرى فى هذه الأشياء) فإنه لوقالت مثلا لانكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها ، وكذا لوقال أنا حرّ الأصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى ، أوقال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فأبحت له أن يدعى نسبى لم يصح بذله ، بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبحته وبذلته له لأتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل فى هذه الأشياء لم يتصوّر فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة . قال صاحب الكافى : فإن قيل : هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » قلنا : خص منه الحدود واللعان ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى . وقال صاحب العناية : لايقال أبوحنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » بالرأى ، وهو لايجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : وأجاب العلامة الكاكى بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح : يعنى العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارنا والإجماع ليس كذلك انتهى . أقول : مدار كلامه على مافهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكى أن تخصيص الحدود من الحديث هو إجماع الأمة ، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة ، فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ، ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا ، على أن قاعدة الأصول هى أنه إذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة فى كون الحديث مخصوصا أن الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الإجماع فتأمل (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال

لما قضى لأن بذله باطل . الخامس يقضى بالقصاص فى الأطراف بالنكول ، ولوكان بذلا لما قضى لأن البذل لايتحمل فيها . والجواب عن الأول أن بدل الصلح وجب بالعقد ، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى ، فأما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما فى الذمة ، وعن الثانى بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما فى الحوالات وسائر المداينات . وعن الثالث بأن الحكم لايجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لايوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة . وعن الرابع أنا لانسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأكول والإعارة والضيافة اليسيرة ونحوها . وعن الخامس أنا لانسلم أن البذل فيها غير عامل ، بل هو عامل إذا كان مفيدا ، نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة لم يأثم بقطعها ، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين ؛ وله ولاية الاحتراز عن اليمين . لايقال : أبوحنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » بالرأى ، وهو لايجوز لأن أباحنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعنى أن البذل فى هذه الأشياء لايجرى ففات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لايجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة . وقوله (إلا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لوكان بذلا لما ملكه المكاتب ، والعبد المأذون

هو الأول ، ولو لم يوجب لم يحكم القاضى به فتأمل ، فلا ينتقض بالنذر إذ لايحكم فيه القاضى (قوله بل هو صحيح كما فى الحوالة) أقول : لم يذكر الكفالة لأن الأصح أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة لا الدين فتأمل (قوله وسائر المداينات) أقول : وفيه تأمل ، فإن قيد ابتداء يدفعه نعم فى الصلح عن إنكار ذلك (قوله لأن أبا حنيفة الخ) أقول : هذا جواب لقوله لا يقال أبوحنيفة ترك الحديث المشهور الخ . وأجاب

وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو مايقبضه حقا لنفسه ، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين .
قال (ويستحلف السارق ،

مقدر ، وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن فى البذل معنى التبرع وهما لايملكانه . فأجاب بأنهما يملكان مالابد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة ، وبذلهما بالنكول من جملة ذلك ، كذا فى عامة الشروح . أقول : لمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك إذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدما على اليمين إن كانا صادقين فى إنكارهما ، وبأن أقرا إن كان المدعى هو الصادق فليتأمل (وصحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه ، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما جرى فى الدين لأن محله الأعيان لا الديون ، إذ الدين وصف فى الذمة والبذل والإعطاء لايجريان فى الأوصاف . فأجاب بأن معنى البذل هاهنا ترك المنع ، فكان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وترك المنع جائز فى الأموال لأن أمر المال هين حيث تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإنه لاتجرى فيها الإباحة ، كذا فى الشروح وسائر المعتبرات ، حتى أن صاحب الكافى أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل : لو كان بذلا لما جرى فى الدين ، لأن محله الأعيان لا الديون ، إذ البذل والإعطاء لايجريان فى الأوصاف والدين وصف فى الذمة . قلنا : البذل هاهنا ترك المنع كأن المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وأمر المال هين ، بخلاف النكاح ونحوه انتهى . وأقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لايدفع السؤال المزبور وإن تلقته الثقات بالقبول ، لأن الدين لما كان وصفا ثابتا فى الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للأخذ والإعطاء ، وأن ترك المنع إنما يتصور فى الأموال المتحققة فى الأعيان لافى الأوصاف الثابتة فى الذمم ، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ ، فما لم يكن قابلا للأخذ لم يتصور فيه ترك المنع ، فلم يكن الذى يأخذه المدعى من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين ، وكذا لم يكن الذى ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لابالعين ، فالجواب المذكور لايدفعه . والحق عندى فى الجواب أن يقال : معنى البذل فى الدين إحداث مثله فى ذمة المدعى بإعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين ، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا : الديون تقضى بأمثالها على ماحقق فى موضعه ، فإذا قال المدعى مثلا لى عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لى فى ذمته وصف معياره عشرة دراهم ، فالذى يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين إعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم ، فالمبذول حقيقة هو العين الذى يعطى لا الدين نفسه وإن كان المدعى دينا (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع

لأن فيه معنى التبرع وهما لايملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا أنهما يملكان مالابد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك . وقوله (وصحته فى الدين) جواب عما يقال إنه لو كان بذلا لما جرى فى الدين لأنه وصف فى الذمة والبذل لايجرى فيها . ووجه ذلك أن البذل فى الدين إن لم يصح ، فإما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه ، وإن كان الثانى فالمراد به هاهنا أى فى الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع . فإن قيل : فهلا جعل فى الأشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها . أجيب بأن أمر المال هين تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لاتجرى فيها الإباحة ، وجعله هاهنا ترك المنع ، وفى قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفى ذلك تسامح فى العبارة . والذى ذكرناه فى مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع مايدعيه الخصم لعله أولى . قال (ويستحلف السارق الخ) إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات

العلامة الكاكى بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح لأن المخصص يجب أن يكون مقارنا والإجماع ليس كذلك وفيه تأمل (قوله والبذل لايجرى فيها) أقول : أى فى الأوصاف (قوله ووجه ذلك أن البذل فى الدين الخ)

فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن المنوط بفعله شيئان : الضمان ويعمل فيه النكول . والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان . قال (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا) لأن الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لاسيما إذاكان المقصود هو المال ،

يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات ، ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة ، فجاز أن يثبت بالنكول الذى هو بذل أو إقرار فيه شبهة ، والحدود لاتقام بحجة فيها شبهة فكذلك لاتقام بالنكول ، فلهذا لايجرى اليمين فى الحدود . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول للمدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع ، فالقاضى يقول له : إن الحدود لايستحلف فيها فليست لك يمين ، وإن قال أريد المال ، فالقاضى يقول له : دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال ، كذا فى النهاية نقلا عن الإمام المرغينانى والمحبوبى . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) أى بفعل السارق وهو السرقة (شيئان : الضمان) أى أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول . والقطع) أى وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أى لايثبت القطع بالنكول . وقال صاحب العناية : يريد المصنف بفعله فى قوله لأن المنوط بفعله شيئان : النكول ، ثم قال : ويجوز أن يراد به فعل السرقة . أقول : الثانى هو الصحيح ، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لايثبت بالنكول فحينئذ لايناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل فى قوله لأن المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع . ثم أقول : بقى فى كلام المصنف شىء ، وهو أن التعليل الذى ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيئان إلى آخره لايفيد شيئا يعتدّ به ، إذ ليس فيه بيان لمية المدعى هاهنا ، بل هو مجرد تفصيل لما قبله ، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملا فيه ، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة عدم ثبوت القطع به فبقى المدعى غير معلوم اللمية . والأوجه فى التعليل ماذكره الإمام الزيلعى فى شرح الكنز حيث قال : لأن موجب فعله شيئان الضمان ، وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول ، والقطع وهو لايجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى . وكذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال : لأنه فى السرقة يدعى المال والحدّ وإيجاب الحدّ لاتجامعه الشبهة ، وإيجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى ، تبصر تقف (فصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كما إذا شهد عليها) أى على السرقة (رجل وامرأتان) فإنه يثبت هناك المال دون القطع ، فكذا هاهنا وصار كما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحدّ وهو القطع ، ويثبت المال بالإقرار ولايسقط بالرجوع (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجرى فى دعوى الطلاق عندهم لاسيما إذاكان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة فى الطلاق قبل الدخول هى تعليم

فجاز أن يثبت بالنكول . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول للمدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع يقول القاضى الحدود لايستحلف فيها فليس لك يمين ، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) يريد به النكول (شيئان : الضمان ويعمل النكول فيه ، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان ، يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (وإذا ادّعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم ، لاسيما إذاكان المقصود هو المال) فإن قلت : هل فى تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة ؟ قلت : هى تعليم أن دعوى المهر لاتتفاوت بين أن تكون فى كل المهر أو نصفه ، وفيه نظر لأن الإطلاق يغنى عن ذلك ، وليس فيه توهم

أقول : لم يخرج الجواب الصريح من السؤال على ماقرره (قوله يريد به النكول فيه) أقول : فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول : فيه شبهة التناقض ، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة (قوله وفيه نظر لأن الإطلاق يغنى عن ذلك الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لو أطلق ربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضا فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولى ، فإنه إذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى

وكذا فى النكاح إذا ادعت هى الصداق لأن ذلك دعوى المـال ، ثم يثبت المـال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا فى النسب إذا ادعى حقا كالإرث ، والحجر فى اللقيط ،

أن دعوى المهر لاتفاوت بين أن تكون الدعوى فى كل المهر أو نصفه ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . قال صاحب العناية : وفيه نظر لأن الإطلاق يغنى عن ذلك ، وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى . وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولوية ، فإنه إذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لايخفى . قال المصنف (وكذا فى النكاح إذا ادّعت هى الصداق) أى وكذا يستحلف الزوج بالإجماع فيما إذا ادّعت المرأة مع النكاح الصداق (لأن ذلك دعوى المـال) أى المقصود من ذلك دعوى المـال (ثم يثبت المـال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعنى يثبت المـال بنكوله فى قولهم جميعا لأن المـال يجرى فيه الإقرار والبذل ، ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لأن النكاح لايجرى فيه البذل . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر بالنكول لا مطلقا ، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى . أقول : كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختلّ . أما الأول فلأنه لوجاز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر بالنكول لجاز البذل فى النكاح فى الجملة : أى فى بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط . وأما الثانى فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح فى البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح فى الابتداء كما لايخفى . ومعنى المسئلة التى نحن فيها أن النكاح لايثبت بالنكول لا فى الابتداء ولا فى البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال . ثم أقول فى الجواب عن سؤاله : إن ثبوت المهر فى الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه ، وأما ثبوته عند القاضى فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده ظهوره له ، إذ قد مرّ أن الحجج الشرعية مثبتة فى علم القاضى مظهرة فى الواقع ، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الأول دون الثانى كما فيما نحن فيه . فالذى يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضى بدون ثبوت النكاح عنده ، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت ، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به فى الكتاب ، فإن ماذكرناه مخلص فى الجميع . قال المصنف (وكذا فى النسب) أى وكذا يستحلف فى النسب بالإجماع (إذا ادّعى حقا) أى إذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمـال دون النسب (والحجر فى اللقيط) بأن ادّعت امرأة حرّة الأصل صبيا لايعبر عن نفسه كان فى يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بحضانته فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت لها حق نقل

التقييد بذلك (وكذا فى النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المـال ثم يثبت المـال بنكوله ولا يثبت النكاح) فإن قلت : وجب أن يثبت النكاح أيضا لأنه يثبت بالشبهات . قلت : البذل لايجرى فيه كما تقدم (وكذا فى النسب إذا ادعى حقا كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه أو طلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوّة فإنه يستحلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمـال والنفقة دون النسب (و) كذا إذا ادعى (الحجر فى اللقيط) بأن كان صبيا لايعبر عن نفسه فى يد ملتقط فادعت أخوته حرّة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب ، وكذا إذا وهب لإنسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال

كما لايخفى ، لكن بقى فى قولنا بل ولكماله بحث فتأمل (قوله وكذا فى النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح) أقول ، فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر لامطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لايجرى فيه كما تقدم) أقول : فينبغى أن يثبت النكاح عندهما (قوله فإنه يستحلفه على النسب) أقول : فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبى حنيفة فيستحلف بالله ماله فى ذلك المـال الذى يدعيه حق ، نص عليه الإتقانى نقلا عن خواهر زاده . جوابه أن كلام الشارح مبنى على مايجىء من أن السبب إذا كان لايرتفع برافع يحلف على السبب بالإجماع (قوله فادعت أخوته حرة) أقول : أوادعى

والنفقة ، وامتناع الرجوع فى الهبة ، لأن المقصود هذه الحقوق ،

الصبىّ إلى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع فى الهبة) بأن أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لأن المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع : يعنى أن المقصود بالدعوى فى المسائل المذكورة هذه الحقوق : أى دون النسب المجرد ، ثم إن صاحب العناية بعد مافسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله : أى دون النسب المجرد قال فى تعليله فإن فيه تحميله على الغير وهو لايجوز انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن تحميل النسب على الغير لايلزم فى المسائل المذكورة مطلقا بل إنما يلزم فيها إذا كان النسب مما لايثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها ، وأما فيها إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوّة والبنوّة فلا ، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا ، ألا يرى أن المدعى فى صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبى فإن المسئلة بحالها وكذا الحال فى صورة امتناع الرجوع فى الهبة ، وكذا المدعية فى صورة الحجر فى اللقيط إذا قالت إن الصبى ابنها فإن المسئلة بحالها أيضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن إفادة كلية المدعى . وقال بعض الفضلاء : الأظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذى ذكره : فإن البذل لايجرى فيه كما قال آنفا فى صورة دعوى النكاح انتهى . أقول : وفيه أيضا نظر ، فإن المعلل هاهنا أن لايكون المقصود بالدعوى فى المسائل المذكورة النسب المجرد ، وعدم جريان البذل فى النسب المجرد لايفيده لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة فى النكول ، بل منها أيضا إقامة البينة وإقرار الخصم ، والبذل إنما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه فى النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لايصح أن يكون مقصودا بالدعوى فى المسائل المذكورة ، بخلاف ماقاله فى صورة دعوى النكاح فإن المعلل هناك هدم ثبوت النكاح بالنكول ، وعدم جريان البذل فى النكاح يفيده قطعا . لايقال : التعليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى فى المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعى فيها مع النسب حقا آخر والمفروض فى كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعى معه حقا آخر كما ينادى عليه قول المصنف وكذا فى النسب إذا ادعى حقا كالإرث الخ . لأنا نقول : هذا إنما يتم فيها إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوّة ونحوها ، فإن دعوى النسب المجرد تسمع فى تلك الصورة ، فلو كان مقصود المدعى فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر ، وأما إذا كان النسب مما لايثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا ، لأن دعوى النسب المجرد لاتسمع فى هذه الصورة ، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعى المدعى مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرّح به فى عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعى فى هذه الصورة النسب المجرد ويدعى مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به إلى مقصوده وهو النسب المجرد ، والمسائل

الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع استحلف الواهب ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع : أى دون النسب المجرد ، فإن فيه تحميله على الغير وهو لايجوز ، ولهذا إنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن فى حق الرجل والأب فى حق المرأة دون الابن ، لأن فى دعواها الابن تحميل النسب على الغير ، وأما المولى والزوج فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف ،

ذلك حر (قوله فإن فيه تحميله على الغير وهو لايجوز) أقول : الأظهر أن يقول بدله ، فإن البذل لايجرى فيه كما قاله آنفا فى صورة دعوى النكاح ، فإن ماذكره من التعليل فيه قصور لأن المدعى فى صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع فى الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبى مثلا فإن المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب ، وأما مذهب الإمامين فى نفى الاستحلاف إذا ادعى المدعى الأخوة فيفهم بتعليله من قوله وإنما يستحلف الخ فافهم (قوله ولهذا) أقول : أى لعدم الجواز (قال المصنف : لأن فى دعواها) أقول : فى النهاية : أى فى إقرارها انتهى ، وفيه كلام (قوله فإن دعواهما الخ) أقول : فيه ركاكة ظاهرة وتندفع بإعادة الضمير إلى الولاية والزوجية فى ضمن المولى والزوج كما فى قوله تعالى ـ اعدلوا هو أقرب للتقوى ـ

وإنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن فى حق الرجل والأب فى حق المرأة ، لأن فى دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج فى حقهما. قال (ومن ادّعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالإجماع (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ، خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ؛

المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل ، فكان هذا التعليل أيضا قاصرا على إفادة كلية المدعى . وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السرّ فى أن صاحب الكافى لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف فى أمثاله ، وأن أكثر الشراح لم يتعرّضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وإنما يستحلف فى المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا كان يثبت بإقراره) أى إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما إقرار فكل نسب لو أقرّ به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالأب والابن فى حق الرجل) فإنه إذا أقرّ بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب المقرّ له منه بمجرد إقراره (والأب فى حق المرأة) فإنها إذا أقرّت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقرّ له منها بمجرد إقرارها ، وأما لو أقرّت بالابن فلا يصح إقرارها ولايثبت نسبه منها (لأن فى دعواها الابن) أى فى ادعائها الابن : أى فى إقرارها به ، كذا فى النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لايجوز (والمولى) أى وكالولى : يعنى السيد (والزوج فى حقهما) أى فى حق الرجل والمرأة ، وهذا القيد: أعنى قوله فى حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا ، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح . وحاصل كلام المصنف هاهنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة : بالأب والابن والمولى والزوجة ، وإقرار المرأة يصح بثلاثة : بالأب والمولى والزوج ، ولايصح بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير . وكان أصل المسئلة فى محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين والولد والزوجة والمولى . وإقرار المرأة يصح بأربعة : بالوالدين والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما مر ، فكأن المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما فى الحكم المذكور . قال شيخ الإسلام خواهرزاده فى مبسوطه : الأصل فى هذا الباب أن المدعى قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لايصح إقراره عليه ، فإنه لايستحلف عندهم جميعا لأن اليمين لاتفيد ، فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا أو إقرارا فيقضى عليه ، فإذا كان لايقضى عليه لو أقرّ فإنه لايستحلف عندهم جميعا ، وإن كان المدعى قبله بحيث لوأقرّ لزمه ما أقرّ به ، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك؟ فالمسئلة على الاختلاف عند أبى حنيفة رحمه الله لايستحلف ، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف ، فإن حلف برئ ، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى ، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادّعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعى بينة (استحلف) المدعى عليه (بالإجماع) سواء كانت الدعوى فى النفس بها أو فيما دونها ، وهذه المسئلة مذكورة فى الجامع الصغير أيضا فى كتاب القضاء (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ ، وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبى حنيفة ، وقالا : لزمه الأرش فيهما) أى فى النفس وفيما دونها (لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما) لأنه إن امتنع عن اليمين تورّعا عن اليمين الصادقة لايكون إقرارا بل يكون بدلا ، كذا فى الكافى (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أى خاصة (إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص ، وقيد امتناع القصاص لمعنى

وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار فلا يعمل إلا فى موضع يعمل فيه الإقرار . قال (ومن ادّعى قصاصا على غيره فجحد الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعى بينة يستحلف المدّعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى فى النفس أو فيما دونها ، ثم إن نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص ، وفى النفس يحبس حتى يقرّ أو يحلف عند أبى حنيفة ، وقالا :

كما إذا أقرّ بالخطأ والولى يدّعى العمد . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجرى فيها البذل ، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان ، وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع ،

من جهة من عليه القصاص ، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشىء ، لأن الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شىء كذا فى الشروح ، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله (كما إذا أقرّ بالخطإ والولىّ يدعى العمد) فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شىء (ولأبى حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال (فيجرى فيها البذل) كما يجرى فى الأموال (بخلاف الأنفس) حيث لا يجرى فيها البذل (فإنه لو قال : اقطع يدى) أى لو قال الآخر اقطع يدى (فقطعها لا يجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) فى الأطراف ، وأما لو قال اقتلنى فقتله فإنه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى ، وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الأنفس . ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغى أن يباح قطع يده إذا قال اقطع يدى كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالى ، أجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال ألق مالى فى البحر أو أحرقه بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقطع السن للوجع) قال صاحب العناية : وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه مناقض لما قال فى السرقة إن القطع

لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة ، كما إذا أقرّ بالخطإ والولى يدعى العمد ، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ . وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشىء لأن الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شىء ، ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس ومادونها . فإن قيل : من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاهنا يثبت بالنكول دون الشهادة ؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتعدى إلى القطع ، وإذا قصر لم يتعد فبقى الأصل ، وهاهنا الأصل المشهود به هو القصاص ، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد فى صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطإ . ولأبى حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجرى فيها البذل ، ألا ترى أنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان ، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل ، بخلاف الأنفس حيث لا يجرى فيها البذل ، فإنه لو قال اقتلنى فقتله يؤخذ بالقصاص فى رواية وبالدية فى أخرى . فإن قيل : لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال اقطع يدى ،

(قوله إذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول : أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول : أى الامتناع من جهة من عليه (قوله لأنه لم يصرح بالإقرار) أقول : بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الإنكار وهو النكول (قوله فأشبه الخطأ) أقول : فى كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فإن قيل ، إلى قوله : حيث يثبت المال فيها) أقول : أى فى السرقة (قوله أجيب بأن المال الخ) أقول : مأخوذ من النهاية (قوله وإذا قصر لم يتعد الخ) أقول : أى إذا ثبت قصور فى ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة . ثم أقول : لا يذهب عليك ما فى هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول : لعل المراد أن يكون شبيها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة اهـ ، كما يلوح إليه قوله لعدم شبهها بالخطإ (قوله لعدم شبهها بالخطإ) أقول : فإنه ماجاء تعذر القصاص من قبل القاتل . ثم اعلم أن الضمير فى قوله شبهها راجع إلى صورة فى قوله ولم يوجد فى صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول : ولكن يأثم فيه (قوله لجاز قطع يده من غير إثم) أقول : الأولى أن يقال لجاز بذل يده من غير إثم

وإذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة . قال (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل ،

لايثبت بالنكول . والثانى أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون ، فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فى حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهات . وعن الثانى بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ماهو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى . واعترض بعض الفضلاء على قوله فى جواب البحث الأول والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى ، وهو لايثبت بالشبهات بعد أن بيّن المراد حيث قال : يعنى أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث ، فإنه لو صرّح بالبذل فى حقوق الله تعالى لايثبت القطع أيضا ، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه انتهى . أقول : مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه ، وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن فى كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها فى حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعى رحمه الله وبنى عليه تجويز القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحرّ والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما يأتى فى كتاب الجنايات ، فمع هذه الشبهة لايتأتى البذل فى قطع الأطراف فى حقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب . ثم إن فى ذكر هذه الشبهة إيماء إلى سبب عدم تأتى البذل فيه فى حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه كما لايخفى (وإذا امتنع القصاص فى النفس) أى بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أى والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أى يحبس الناكل بذلك الحق (كما فى القسامة) فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل

كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالى . أجاب بقوله إلا أنه لايباح لعدم الفائدة ، حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله ، ومانحن فيه من البذل : أى الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه مناقض لما قال فى السرقة إن القطع لايثبت بالنكول . والثانى أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فى حقوق العباد ، لأنهم المحتاجون إليها ، فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع فى السرقة خالص حق الله وهو لايثبت بالشبهات . وعن الثانى بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ماهو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه ، فظهر مما ذكرنا أن البذل فى الأطراف جائز فيثبت القطع به وفى الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص ، وإذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما فى القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا . قال (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر

وليس كذلك ، فيرتبط الجواب بالسؤال ، فإن ضمير لا يباح عائد إلى البذل على مايقتضيه كلام المصنف . وأيضا فالقطع يقطع الخصومة إذا لم يكن المدعى محقا ليس بمحتاج . وأما قوله كالقطع للآكلة فأمره هين فإنه من قبيل إسناد الفعل إلى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه فى مجرد الإباحة (قوله لأنهم المحتاجون إليها) أقول : يعنى إلى الأطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول : يعنى فيثبت القطع بالشبهات ، لكن يتوهاهنا بحث ، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس ، بل الأصوب أن يقال : إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هى المدعى والمدعى فى السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبذل يده لاندفاع الخصومة ، فإن مناط التخريج فى هذه المسائل على مذهب أبى حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل .. ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال : إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهرى وقد مر فى أول الشهادة ، ثم أقول : يمكن البحث فى بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لاثبوت الشبهة وعدمها (قوله والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهات) أقول : يعنى أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لايثبت القطع أيضا ، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه (قال المصنف : وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة)

لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لايغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مرّ من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروىّ عن أبى حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ، ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه

لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لايغيب نفسه) أى كى لايغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أى حق المدعى ، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهى الاستيثاق ، كذا فى الكافى وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعى (وقد مرّ من قبل) أى وقد مرّ جواز الكفالة بالنفس من قبل : أى فى أول كتاب الكفالة(وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا)اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف . روى عن قتادة والشعبى أنه لايجوز . وروى عن إبراهيم النخعى أنه يجوز ، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا ، والقياس أن لايجوز. وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل . ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لأن فيه) أى فى أخذ الكفيل (نظرا للمدّعى) إذ لايغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدّعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أى على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الإعداء على لفظ المجهول . يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه : أى استعان به فأعداه الأمير عليه : أى أعانه الأمير عليه ونصره ، ومنه قول الشاعر :

ونستعدى الأمــير إذا ظلمنا ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا فى النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا(فيصح التكفيل بإحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروىّ عن أبى حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثانى(ولا فرق فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية(بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا : إذا كان ساقط

فإما أن يكون المدعى عليه مقيما أومسافرا ، فإن كان مقيما قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام ، فإن فعل وإلا أمر بملازمته . أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم . وأما جواز التكفيل فهو استحسان ، والقياس يأباه قبل إقامة الحجة . ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظرا للمدعى وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالإعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله . وأما التقدير بثلاثة أيام فمروىّ عن أبى حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح . وروى عن محمد أنه قال : إذا كان معروفا والظاهر أنه لايخفى شخصه بذلك القدر لايجبر على ذلك ، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ ، وكذا إذا كان المدعى به حقيرا لايخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه ، وأما الأمر بالملازمة فلئلا يضيع حقه ، فإن قال المدعى لابينة لى أو شهودى غيب لايكفل لعدم الفائدة ، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الهالك محال ، والغائب كالهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يئوب ، وإن كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضى ، إذ ليس فيه كبير ضرر ، وفى الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر ،

أقول : ليست المسئلة من باب اليمين فذكرها هاهنا استطرادى (قوله ووجه ذلك) أقول : يعنى وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول : فيه بحث فإن المحكوم عليه بالصحة فى الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبى يوسف ، فالشرح لايطابق المشروح ، وجوابه أظهر من أن يكتب .

والحقير من المال والخطير ، ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر ، حتى لو قال المدعى لابينة لى أو شهودى غيب لايكفل لعدم الفائدة . قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كى لايذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لايكفل إلا إلى آخر المجلس . فالاستثناء منصرف إليهما لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى :

القدر (والحقير من المال والخطير) أى وبين الحقير من المال والخطير : أى الشريف . وعن محمد أنه إذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لايخفى نفسه بذلك القدر لايجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعى حقيرا لايخفى المرء نفسه بذلك القدر لايجبر على إعطاء الكفيل (ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر) أى معنى قوله حاضرة حاضرة فى المصر (حتى لو قال المدعى لابينة لى أو شهودى غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لايكفل) أى لايكفل خصمه (لعدم الفائدة) لأن الفائدة هى الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الهالك محال ، والغائب كالهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يئوب (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن فعل) أى فإن أعطى خصمه الكفيل فيها (وإلا) أى وإن لم يعط (أمر بملازمته) أى أمر المدعى بملازمة خصمه (كى لايذهب حقه) أى حق المدعى (إلا أن يكون غريبا) أى إلا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أى مسافرا (فيلازم) أى فيلازم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضى ، وكذا لايكفل إلا إلى آخر المجلس) أى وكذا لايكفل المدعى عليه إذا كان مسافرا إلا إلى آخر مجلس القاضى (فالاستثناء منصرف إليهما) أى الاستثناء المذكور فى مختصر القدورى بقوله إلا أن يكون غريبا منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعا (لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أى على مقدار مجلس القاضى (إضرارا به) أى بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار) أى فى مقدار مجلس القاضى (ظاهرا) أى من حيث الظاهر لأن بهذا القدر لاينقطع عن الرفقة ، فإذا جاء أوان قيام القاضى عن مجلسه ولم يحضر المدعى بينته فإن القاضى يحلف المدعى عليه ويخلى سبيله ليذهب حيث شاء ، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لايريد السفر تكلموا فيه بأقوال . قال بعضهم : القول قول المدعى لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل . وقال بعضهم : القاضى يسأله مع من يريد السفر؟ فإن أخبره مع فلان والقاضى يبعث إلى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل إن فلانا هل استعد للخروج معكم ، فإن من أراد السفر لابد أن يكون مستعدا لذلك ، قال الله تعالى ـ ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة ـ فإن قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فإن أحضر المدعى بينته فى هذه المدة وإلا خلى سبيل المطلوب ، وإن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام ، كذا فى غاية البيان . قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) والذى يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس ، ولو دخل داره لايتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لابد أن يكون له موضع خلوة انتهى . وقال فى الفتاوى الصغرى : وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار ، لكن لايجلسه فى موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه ، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لايمنعه من الدخول على أهله ، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره . ثم قال : رأيت فى الزيادات فى الباب الخامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن المدعى بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى .

وكيفية الملازمة ستذكر فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف)

قال (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وقال عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه . وله أن يزيد فى التغليظ على هذا وله أن ينقص منه ، إلا أنه يحتاط فيه كى لايتكرر عليه اليمين .

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف)

لما ذكر نفس اليمين أى فى أىّ موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها لأن كيفية الشىء وهى مايقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف (قال) أى القدورى فى مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر ») أقول : هاهنا كلام وهو أنه قال فى كتاب الأيمان : اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزّة الله وجلاله وكبريائه ؛ وهذا صريح فى أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التى يحلف بها فى المتعارف ، والحصر المستفاد من قوله هاهنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضى اختصاص اليمين بالله تعالى . وأيضا قال هناك : وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا ، والحصر المستفاد هاهنا ينافيه أيضا . ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها ، فعلى هذا لاينافى قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لابغيره كما يفيده قوله دون غيره . وعن الثانى بأن اليمين فى الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى فى ظاهر الحال إلا أنها كانت به فى المآل فتأمل . وفى المبسوط : إن الحرّ والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء ، لأن المقصود هو القضاء بالنكول ، وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أى اليمين (بذكر أوصافه) أى بذكر أوصاف الله تعالى ، هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السرّ والخفاء (مايعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شىء منه ، وله) أى وللقاضى (أن يزيد فى التغليظ على هذا) أى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول ، وأحوال الناس فيه مختلفة ؛ منهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط ، ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ ، ومنهم من لايمتنع إلا بزيادة تغليظ ، فللقاضى أن يراعى أحوال الناس . والأصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه « فى اللذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله اللذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب » ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (إلا أنه يحتاط كى لايتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو ، إذ لو ذكر :

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف)

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هى فيها ذكر صفتها ، لأن كيفية الشىء وهو ماتقع به المشابهة واللامشابهة صفته ، واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وكلامه فيه ظاهر .

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف)

(قال المصنف : واليمين بالله) أقول : قوله واليمين مبتدأ ، وقوله بالله خبره .

لأن المستحق يمين واحدة ، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله أو والله ، وقيل لايغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ، وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير . قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا ، وقيل فى زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق .

والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان ، وتكرار اليمين غير مشروع ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضى بالخيار ، إن شاء غلظ) فلا يزاد عليها (وإن شاء) القاضى (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى : فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأى فيه إلى القاضى (وقيل لايغلظ على المعروف بالصلاح) إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الأول (وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير) لمثل ماقلنا فى القيل الأول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » (وقيل فى زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك) أى بالطلاق أو بالعتاق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول : يرد عليه أن هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » فلا يصح على ما عرف فى موضعه . وفى فتاوى قاضيخان : وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لايجيبه القاضى إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام . وبعضهم جوّزوا ذلك فى زماننا ، والصحيح ظاهر الرواية انتهى . وفى الذخيرة : التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يجوّزه أكثر مشايخنا وأجازه البعض ، فيفتى بأنه يجوز إن مسته الضرورة ، وإذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بأن الرأى إلى القاضى انتهى . وفى فصول الاستروشنى : ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لايقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهىّ عنه شرعا انتهى . وفى الخلاصة : التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لايجوّزه أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتى بأن الرأى إلى القاضى ، فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لاينفذ قضاؤه انتهى . أقول : قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضى أن يحلف بالطلاق والعتاق عند إلحاح الخصم ، وأن يفتى بجواز ذلك إن مسته الضرورة ، ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه ، وإن قضى به لاينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية : ولكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين به لايقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى به لاينفذ قضاؤه انتهى . لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول ، فإذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ، ألا يرى إلى ما مرّ فى بيان دليل أبى حنيفة على عدم جواز الاستحلاف فى الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لايجرى فى هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) هو ظاهر الرواية ، وجوّز ذلك بعضهم فى زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله ، لكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين لايقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه . وابن سوريا بالقصر اسم أعجمى « روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوما مروا برجل وامرأة بحم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا : إنهما زنيا : فأمر بإحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال : : أنشدك بالله : أى أحلفك بالله الذى أنزل التوراة على

(قوله لايقضى عليه بالنكول) أقول : على ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا) أقول : فكيف سوغ القاضى تكليف الإتيان بما هو منهى عنه شرعا ، ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى .

قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور « أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا » ولأن اليهودى يعتقد نبوّة موسى والنصرانى نبوّة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الأصل . ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر أنه لايستحلف أحدا إلا بالله خالصا . وذكر الخصاف رحمه الله أنه لايستحلف غير اليهودي والنصرانى إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم ، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (.والوثنى لايحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى ـ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله ـ قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لأن القاضى لايحضرها

ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف فى الأشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره(ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى لقوله) أى لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور) وفى المغرب : ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى (أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا) أى التحميم : هذا الحديث أخرجه مسلم فى الحدود مسندا إلى البراء ابن عازب رضى الله عنه قال « مرّ النبى عليه الصلاة والسلام بيهودى محمم ، فدعاهم فقال : هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم ؟ قالوا نعم ، فدعا رجلا فقال : نشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حدّ الزنا فى كتابكم ؟ فقال : اللهم لا ، فلولا أنك نشدتنى بهذا لم أخبرك ، حد الزنا فى كتابنا الرجم ، ولكنه كثر فى أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحدّ فقلنا : تعالوا فنجتمع على شىء نقيمه على الشريف والوضيع ، فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم إنى أوّل من أحيا أمرك إذ أماتوه ، فأمر به فرجم » وقال شراحه : وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وقد صرح باسمه فى سنن أبى داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : يعنى لابن صوريا ، الحديث . وهذا مرسل (ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوّة عيسى) أى يعتقد نبوّة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الإقدام على اليمين الكاذبة (ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار ، هكذا ذكر محمد فى الأصل) وذلك لأن المجوسى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبى حنيفة أنه لايستحلف أحد إلا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم (وذكر الخصاف أنه لايستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا ، لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم) لأن النار كغيرها من المخلوقات ، فكما لايستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس ، فكذلك لايستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار . وفى المبسوط : وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة ، فلمقصود النكول قال : تذكر النار فى اليمين انتهى(بخلاف الكتابين) أى التوراة والإنجيل (لأن كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لايحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى ـ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله ـ) لايقال : لوكانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الأوثان . لأنا نقول : إنما يعبدونها تقربا إلى الله تعالى على زعمهم ؛ ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم ـ مانعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى ـ وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لأن القاضى لايحضرها) أى لايحضر بيوت عبادتهم للحرج

موسى أن حكم الزنى فى كتابكم هذا ؟ » وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك

بل هو ممنوع عن ذلك . قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك ، وفى إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع . قال (ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله مابينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله مابعت) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف فى الغصب بالله مايستحق عليك رده ولا يحلف بالله ماغصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال)

(بل هو ممنوع عن ذلك) لأن فيه تعظيم ذلك المكان . والحلف يقع بالله تعالى لابالمكان ، فنى أىّ مكان حلفه جاز . وفى الأجناس قال فى المأخوذ للحسن : وإن سأل المدعى القاضى أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه ، كذا فى غاية البيان (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أى بدون تعيين الزمان والمكان (وفى إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها) أى حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أى الحرج مدفوع بالنص . وقال الشافعى : إذا كانت اليمين فى قسامة أو فى لعان أو فى مال عظيم فإنها تختص بمكان ؛ إن كان بمكة فبين الركن والمقام . وإن كان بالمدينة فعند قبر النبىّ عليه الصلاة والسلام . وفى بيت المقدس عند الصخرة ، وفى سائر البلاد فى الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الأقطع (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله مابينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله مابعت) يعنى يستحلف على الحاصل دون السبب . واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب ،والضابط فى ذلك أن السبب ، إما إن كان مما يرتفع برافع أولا ، فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرّر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلى السبب عند أبى يوسف رحمه الله إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب . قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة(لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الإقالة : أى ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله ، فلواستحلف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع هاهنا لتضرّر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف فى الغصب بالله مايستحق عليك ردّه) أى ردّ المدعى (ولا يحلف بالله ماغصبت) هذا أيضا من قول القدورى فى مختصره. قال المصنف فى تعليله (لأنه قد يغصب) أى قد يغصب الشىء (ثم يفسخ) أى يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب هاهنا لتضرّر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى النكاح بالله مابينكما نكاح قائم فى الحال) وهذا أيضا من قول القدورى . وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح : هذا على قولهما لما أن الاستحلاف فى النكاح قولهما . أقول : الأولى أن يقال هذا على قول محمد ، لأن الاستحلاف فى النكاح مطلقا ، وإن كان يجرى على قولهما معا إلا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل إنما يجرى على قول محمد فقط ، إذ الاستحلاف فيه على قول أبى يوسف إنما هو على السبب كما ينادى عليه قول المصنف فيما سيأتى ، أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب . نعم سيقول المصنف هناك أيضا إلا إذا عرض

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان ،لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى إيجابه حرج على القاضى بحضوره وهومدفوع)وقال الشافعى : إذا كانت اليمين فى قسامة أولعان أو فى مال عظيم إن كان بمكة فبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وفى بيت المقدس عند الصخرة ، وفى سائر البلاد فى الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، وفيه مامر من الحرج على الحاكم . قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية

(قوله وفى إيجابه حرج على القاضى بحضوره) أقول : الباء للسببية ، والضمير فى قوله وفى إيجابه راجع إلى تغليظ اليمين .

لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه ، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . أما على قول أبى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك

بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل، لكن الكلام هنا فى الاستحلاف على الحاصل مطلقا أى سواء عرّض أو لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أما على قول أبى يوسف الخ إذ لاخلاف فى صورة التعريض . قال المصنف فى التعليل (لأنه قد يطرأ عليه الخلع) أى يطرأ على النكاح الخلع ، فلو حلف على السبب الذى هو أصل النكاح هاهنا لتضرّر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا أيضا من قول القدورى ، فكأنه زاد ذكر دعوى فى هذه المسئلة التى هى أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هاهنا إيماء إلى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضا ، إلا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام . قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة) وفرّع على جملة ماذكره فى تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على مامر تقريره (وهذا قول أبى حنيفة ومحمد) أى التحليف على الحاصل فى الوجوه المذكورة قولهما . قال بعض العلماء : هاهنا كلام وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبى حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لايخفى انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الظاهر أيضا أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب : أى تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح بما مرّ . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال : أى التحليف على الحاصل قول أبى حنيفة ومحمد ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الأمور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لايحلف عنده فى النكاح انتهى . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب يأبى ماقاله هذا القائل ، إذ قد صرح المصنف هاهنا بلفظ الجمع تعيينا لكون الخلاف بين أبى يوسف وصاحبيه فى جميع الوجوه المذكورة لافى كيفية التحليف فى الجملة فتدبر (أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك) أى فى جميع ماذكر

اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب . والضابط فى ذلك أن السبب ، إما أن كان مما يرتفع برافع أولا ، فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد ، وعلى السبب عند أبى يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضى أحلف بالله ما بعت أيها القاضى أن الإنسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على الحاصل . هذا هو الظاهر . ونقل عن شمس الأئمة الحلوانى ماعبر عنه بقوله وقيل ينظر فى إنكار المدعى عليه ، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل ، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصوّر لأنه يقتل بالارتداد ، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقا ، فإن الرقّ يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق ،.

(قوله فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : أى على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضى) أقول : مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول : أى ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول : وإن أنكر الحكم (قوله والأمة مطلقا) أقول : أى كافرة أو مسلمة (قوله وعليها بالردة واللحاق) أقول : إذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى ، فلا يرد أن هذا التعليل لايناسب قوله مطلقا (قال المصنف : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد الخ) أقول : أى التحليف على الحاصل ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الأمور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لايحلف فى النكاح عنده ، ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما فى المزارعة فليتأمل .

على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل . وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل . فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لايراها ، أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لايراها ؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى ، وإن كان سببا لايرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ،

من الوجوه (على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا) أى إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب . وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضى إذا عرض القاضى اليمين عليه بالله مابعت أيها القاضى أن الإنسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه ، وعلى هذا باقى أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أى فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على حكم الشىء فى الحال ، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به ، كذا فى النهاية نقلا عن شرح الأقطع (وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه) أى روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه (إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفى فتاوى قاضيخان : قال شمس الأئمة : هذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة . وفى الكافى : قال فخر الإسلام : يفوّض إلى رأى القاضى (فالحاصل هو الأصل عندهما) أى التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما (إذا كان سببا) أى إذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع إلا إذا كان فيه) أى فى التحليف على الحاصل (ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك) أى ماكان فى التحليف على السبب فيه ترك النظر فى جانب المدعى (مثل أن تدعى مبتوتة نفقة العدّة والزوج ممن لايراها) أى لايرى نفقة العدّة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لايراها) بأن كان شافعيا (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى) فإن قيل : فى التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب . قلنا : القاضى لايجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعى أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وإن كان سببا) أى إن كان سبب ذلك سببا (لايرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأنه لاضرورة إلى التحليف

وإذا ادّعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لايراها أو ادعى شفعة الجوار والمشترى لايراها يحلف على السبب ، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه فى معتقده فيتضرر المدعى . فإن قيل : بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أوسكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعى ؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضى لايجد بدّا من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعى يدعى ماهو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، وإذا ادّعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ماهى بائن منك الساعة وما يستحق عليك ردّه وما بينكما نكاح أو بيع قائم فى الحال لأن السبب ، مما يتكرّر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه

(قال المصنف : فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : فى باب اليمين من فتاوى قاضيخان مايخالفه فراجعه وتدبر فى دفعه (قوله وإذا ادعت المبتوتة النفقة الخ) أقول : وفى الخانية فى باب اليمين : امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فأنكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة إليها إلا إذا عرضت المرأة فتقول إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لانفقة للمبتوتة . ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضى على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى . فأقول : لايخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور فى الكتاب ، ويجوز أن يقال ما فى الخانية فيما إذا لم يعلم القاضى مذهب الزوج وما فى الهداية والشروح فيما إذا علمه كما يفهم من قوله

بخلاف الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ، ولا يكرر على العبد المسلم . قال (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لاعلم له بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة .

على الحاصل ، إذ لايجوز أن يعود رقيقا بعد الإعتاق ، كيف ولو تصوّرعود الرق فإنما يتصوّر على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد (بخلاف الأمة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل : أى ماهى حرّة أو ماهو حرّ فى الحال كذا فى الكافى (لأنه يكرر الرق عليها) أى على الأمة (بالردّة واللحاق) بدار الحرب والسبى (وعليه) أى ويكرر الرقّ على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبى أيضا (ولا يكررعلى العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أى الوارث (على علمه) أى بالله مايعلم أن هذا عبد المدعى (لأنه لاعلم له) أى للوارث (بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات) إذ لوحلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به ، كذا فى الكافى (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعنى إن وهب له عبدا أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المجوز (لليمين) أى لليمين على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فإن قيل : بهذا التعليل لايقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم ؟ قلنا : إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختياره المشترى ومباشرته ، ولولم يعلم المشترى أن العين الذى

وعندأبى يوسف يحلف على السبب . قال (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أوالبتات ، والضابط فى ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم ، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ، ونوقض بالرد بالعيب ، فإن المشترى إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك فى يد نفسه وادعاه فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ماسرق مع أنه على فعل الغير ، وبالمودع إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير ، وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشترى ثم أقرّ أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ماقبض الموكل وهوفعل الغير ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لاعلم لى بذلك ، فأما إذا قال لى علم بذلك حلف على البتات . وفى صور النقض يدّعى العلم فكان الحلف على البتات ، وتخريجها على الأول أن فى الردّ بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب ، فالتحليف يرجع إلى ماضمن بنفسه ، وفى الباقين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض (وإذا ورث عبدا وادّعاه آخر استحلف على علمه ، لأنه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات ، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فإن قيل : الإرث كذلك . أجيب بأن معنى

والزوج ممن لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول : الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فإن بالحلف على السبب يتضرر البائع إذ قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وفى صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول : غيرمسلم فى الرد بالعيب (قال المصنف : لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول : قال الزيلعى أخذا من النهاية : ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا حتى لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ، وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا ، بخلاف العكس انتهى . فيه بحث ، أما أولا فلأن قوله لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى ، والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل ، وأما ثانيا فلأن

. . . .

اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له فى قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات. كذا فى الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضا من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط فى ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أنى يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإباق فإنه يحلف على البتات مع أن الإباق فعل غيره؟ قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه. كذا فى الكافى. قال الإمام الاسترَوشنى فى الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرقت هذا العين منى أو غصبت هذا العين منى يستحلف على البتات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أباك سرق هذا العين منى أو غصب هذا العين منى يحلف على العلم، وهذا مذهبنا. قال شمس الأئمة الحلوانى: هذا الأصل مستقيم فى المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا فى الرد بالعيب يريد به أن المشترى إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ماسرق فى يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع إلى ماضمن بنفسه فيكون على البتات. وكان فخر الإسلام البزدوى يزيد على هذا الأصل حرفا، وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك مما يتصل به، لأن تسليم العبد سليما واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت منى استأجرت منى استقرضت منى، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره فإنها تقوم باثنين، ففى هذه الصور يحلف على البتات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذى استحلف لاعلم لى بذلك، فأما إذا قال لى علم بذلك يحلف على البتات، ألاترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة منى فإنه يحلف المودع على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشترى ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برئ المشترى ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعى أن له علما بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا فى غاية البيان. وذكر الإمام اللامشى أن فى كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا، وإذا نكل عن اليمين على العلم لايعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضى عليه لأن الحلف على البتات أقوى، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزيلعى أخذا من النهاية: ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا حتى لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث، أما أولا فلأن قوله لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى، بل اللائق أن يقضى بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى. والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار. وأما ثانيا فلأن قوله ويقضى عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثانى متوجه فى الظاهر، ولكنه ليس بمستقل بإيراده، بل قد سبقه إليه بعض العلماء حيث

قوله سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره بنفسه فيعلم ماصنع.

قوله ويقضى عليه إذا نكل الخ محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل؟

قال (ومن ادّعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضى الله عنه .

ذكر ما فى النهاية وقال : وفيه كلام ، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لايخفى انتهى. وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال فى فصوله : ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط فى فصل المتفرقات من أدب القاضى منه : فى كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضى على العلم لايكون معتبرا ، وإذا نكل عن اليمين على العلم لايعتبر ذلك النكول ، ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى ، ولو نكل عنه يقضى عليه . قلت : وهذا الفرع مشكل انتهى . ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وإن وجه إشكاله توجه ماذكراه . وأما بحثه الأول وجوابه فمنظور فيهما : أما البحث فلأن اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لوحلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل ، والذى من أسباب القضاء هو الثانى دون الأول كما لايخفى . وأما الجواب فلأنه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا ماذكر ، ولا يجرى الجواز المذكور هناك ، على أنه لاوجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار ، إذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لايخفى (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ادّعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أى افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أى صالح الآخر المدعى من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أى الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى ، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى . وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة ، وكلاهما مشروع ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وهو) أى الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضى الله عنه) قال صاحب العناية : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه . ذكر فى الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضى الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف ، فترافعا إلى عمر رضى الله عنه فى خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف ، فقال عمر لعثمان : أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخذها ، فلم يحلف عثمان رضى الله عنه ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضى الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منعك أن تحلف

(قال : ومن ادعى على آخر مالا الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شيء مثل المال المدعى به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضى الله عنه ، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. وذكر فى الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضى الله عنه فى خلافته فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك ؟ إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ماقاله . فيكون دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى . والجواب أنه كان يدعى الإيفاء على عثمان .

(قوله قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف) أقول : فيه نظر ، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضى الله تعالى عنه إنها كانت سبعة آلاف ، ثم إن القصة ليست مما نحن فيه . إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح .

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لأنه أسقط حقه ، والله أعلم .

وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان رضى الله عنه عند ذلك ما قاله . فيكون دليلا للشافعى على جواز ردّ اليمين على المدعى . والجواب أنه كان يدعى الإيفاء على عثمان رضى الله عنه وبه نقول انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه نظر ، فإن المقداد رضى الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضى الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، ثم إن قصة المقداد ليست مما نحن بصدده ، إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح انتهى . وأقول : نظره ساقط بشقيه ، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضى الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، أنها كانت فى الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت ، لا أن الباقى فى ذمته الآن سبعة آلاف . ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينافى الأول دون الثانى . فإن قلت : يشكل حينئذ قوله . والجواب أنه كان يدعى الإيفاء على عثمان رضى الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون فى الإيفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته . قلت : المراد به أنه كان يدعى إيفاء تمام الدين وهو أربعة آف درهم على عثمان رضى الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول : بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقى البعض منه فى ذمتك وهو ثلاثة آلاف ، فحينئذ يكون النزاع فى الإيفاء فرع النزاع فى أصل مقدار القرض ، فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ، ويخرج الجواب عما قاله الشافعى . وأما شقه الثانى فلأنه لم يدّع أحد أن القصة مما نحن بصدده ، بل صرحوا بأن عثمان رضى الله عنه كان مدّعيا فى هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعى دليلا على ملهبه وهو جواز ردّ اليمين على المدعى ، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا ، وإنما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال فى رواية مذكورة فى الفوائد الظهيرية ، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضى الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها ،وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولا : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدّعى عليه فذكر ماذكر فىالفوائد الظهيرية ، ثم نقل هذه القصة فقال :فيكون دليلا للشافعى على جواز ردّ اليمين على المدعى . واعلم أن صاحب النهاية : قد أوضح المرام بتفصيل الكلام فى هذا المقام فقال : قد اختلفت روايات الكتاب فى أن عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه فى ذلك أو مدعيا ، ففى الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا و افتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل : ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر فى الباب الأوّل من دعوى المبسوط فى احتجاج الشافعى فى مسئلة ردّ اليمين على المدعى أن عثمان رضى الله عنه كان مدعيا فقال : وحجته فى رد اليمين على المدعى ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدى عمر رضى الله عنهم ، إلى أن قال : ليحلف لى عثمان . وذكر الإمام المحبوبى تمام القصة فقال : روى أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضى الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف . فترافعا إلى عمر رضى الله عنه فى خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف . فقال عمر لعثمان : أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخذها ، فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ماقاله . ثم قال فى المبسوط : وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضى الله عنه وبه نقول ، إلى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أى ليس للمدعى أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التى افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أى فى وقت من الأوقات (لأنه أسقط حقه) أى لأن المدعى أسقط حقه فى يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح ، بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر ، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا فى الشروح وسائر المعتبرات .

وبه نقول . ثم لما بطل حقه فى اليمين فى لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه ، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه ، لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال .

(باب التحالف)

قال (وإذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات .

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه فى الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما) أى المشترى (ثمنا) بأن قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلا المبيع كرّ من الحنطة (وادعى المشترى أكثر منه) بأن قال هو كرّان من الحنطة . والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما فى قدر الثمن كما فى الصورة الأولى أو فى قدر المبيع كما فى الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضى له بها) أى بالبينة (لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لأن البينة توجب منه الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لايوجبه عليه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات) أى وضعت فى الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتا كان أولى (ولا تعارض فى الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لاتتعرض للزيادة ، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض ، كذا فى غاية البيان . قال تاج الشريعة : فإن قلت : البينة التى تثبت الأقل تنفى الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر . قلت : المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لاتنفيها قصدا فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى . أقول : جوابه هذا وإن كان صحيحا فى نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف ، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين فى الزيادة ، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما فى الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا) بأن قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشترى بمائة دينار فى المثال المذكور .

(باب التحالف)

راعى الترتيب الطبيعى فأخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان فى البيع) فادعى المشترى أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كرّ من حنطة وقال المشترى هو كرّان ، فمن أقام البينة قضى له بها ، لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لايوجبه ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البينات للإثبات ولا تعارض بينهما فى الزيادة

(باب التحالف)

(قال المصنف : لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول : ولو ظاهرا فلا يخالف ماسيجىء بعد أسطر ، لأن المشترى لايدعى شيئا الخ ، إذ المراد لايدعى ادعاء معنويا وبه يندفع ماعسى يقال كيف تقبل بينة المشترى بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعى ، فإنه إذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لأنه تسمع بينة المدعى صورة كما إذا ادعى المودع رد الوديعة ، وإن أريد أنه ليس بمدع أصلا ولو صورة فغير مسلم كما لايخفى (قال المصنف : ولا تعارض فى الزيادة) أقول : فيه شىء جوابه لايخفى .

(وإن لم يكن لكل واحدمنهما بينة قيل للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذى ادّعاه البائع وإلا فسخنا البيع ،وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذه جهة فيه لأنه ربما لايرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)

وقيل : هذا قول أبى حنيفة آخرا ، وكان يقول أولا وهو قول زفر : يقضى للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا ، ونظير هذه المسئلة فى الإجارات ، كذا فى الشروح . ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا : أى فى قدرهما على ماذكرنا فى صورة المسئلة . وأما إذا اختلفا فى جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله ؛ كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشترى ، لأن حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، ولأنه يثبت ببينته الحق لنفسه فى العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للإثبات لا للنفى ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط . أقول : فى التعليل الثانى بحث ، أما أوّلا فبالمعارضة فإن المشترى يثبت ببينته الحق للبائع فى مائة دينار والبائع ينفى ذلك ، والبينات للإثبات لا للنفى فينبغى أن تقبل بينة المشترى دون البائع . وأما ثانيا فبالنقض ، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشترى عند انفراده بإقامة البينة أيضا ، إذ حينئذ ينفى المشترى أيضا ببينته حق البائع فيما ادّعاه ، والبينات للإثبات لا للنفى مع أن المسئلة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا . وأما ثالثا فبالمنع ، فإنا لانسلم أن المشترى ينفى ببينته مايثبته البائع بل هو يثبت بها مايدعيه لنفسه وهو كون حق البائع فى مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه فى العبد ، فإن حصل مما يثبته المشترى نفى مايثبته البائع فإنما هو بالتبع والتضمن لا بالأصالة والقصد ، وذلك لاينافى كون وضع البينات للإثبات دون النفى (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى) أى يقول الحاكم للمشترى (إما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع) أى ويقول للبائع (إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع ، لأن المقصود) أى المقصود من شرع الأسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور للبائع وللمشترى جهة فى قطع المنازعة (لأنه ربما لايرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فإذا علما به) أى بالفسخ (يتراضيان به) أى بمدعى كل واحد منهما . أقول : لقائل أن يقول : كما أن ماذكر جهة فى قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع إما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى وإلا فسخنا البيع ، وأن يقال للمشترى إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا فسخنا البيع . وبالجملة أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعى الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضا بعكسه ، وهو أن يكلف مدعى الأكثر بالرضا بالأقل ، فما الرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية

فثبتها كان أكثر إثباتا ، ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقام بينة فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات وهما جميعا للمشترى بمائة دينار . وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا ، وكان يقول أوّلا وهو قول زفر : يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا ، وإن كان الاختلاف فى جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهى لمن الاتفاق على قوله وهو البائع ، لأن حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذى يدعيه البائع وإلا فسخنا البيع ، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع ، لأن المقصود قطع المنازعة وهذه

(قال المصنف : وإن لم يكن لكل واحد منهما) أقول : الأظهر حذف كلمة كل كما لايخفى (قال المصنف : وهذه جهة فيه) أقول : أنث اسم الإشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة .

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدّعى زيادة الثمن والمشترى ينكره ، والمشترى يدّعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره . فكل واحد منهما منكر فيحلف ؛ فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشترى لايدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه.

فى شرح قول المصنف فإن لم يتراضيا : أى بأن يعطى كل واحد مايدعى صاحبه انتهى . أقول : فيه قصور ، لأن هذا لايتصوّر إلا فى الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة ، وهى ما إذا اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الأخريين ، إذ قد مرّ فى الكتاب أن صورة الاختلاف فى الثمن أن يدعى أحدهما ثمنا ويدعى الآخر أكثر منه ، وأن صورة الاختلاف فى المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه ، فلو أعطى كل واحد مايدعى صاحبه فى هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معا أو إعطاء المبيعين معا وهذا خلف . ولا يخفى أن ماذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور . وقال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام : أى إن لم يتراض البائع والمشترى : يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشترى من المبيع ولم يرض المشترى بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضى كل واحد من البائع والمشترى على دعوى صاحبه انتهى . أقول : وفيه أيضا قصور ، لأن هذا أيضا لايجرى إلا فى الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لايخفى على ذى مسكة ، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها . وأما سائر الشرّاح فلم يتعرّضوا هاهنا للشرح والبيان . فالحق عندى فى شرح المقام أن يقال : أى إن لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الأولى والصورة الثانية ، أو مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، فحينئذ يجرى معنى الكلام وفحوى المقام فى كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشترى السلعة ، كذا فى العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لأن اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فأما بعد القبض فمخالف للقياس ، لأن المشترى لايدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه . فإن قلت : إذا لم يدع المشترى شيئا فيما بعد القبض ينبغى أن لاتقبل بينته فى هذه الصورة إذا أقامها ، لأن البينة للمدعى مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البينة قضى له بها . قلت : المراد أن المشترى لايدعى شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض ، وهذا لاينافى أن يكون المشترى مدعيا ادعاء صوريا فى هذه الصورة ، وبينة المدعى صورة تسمع على ما صرحوا به كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على مامر . لايقال : إن كان المشترى مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف هاهنا أيضا موافقا للقياس . لأنا نقول : لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى ، بل إنما اليمين إيداء على المنكر الحقيقى ، بخلاف المدعى الصورى فإن البينة تسمع منه على ماذكروا . ولك أن تقول فى الجواب عن أصل السؤال أن المشترى لايدعى شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا ، وهذا أى قبول البينة من غير المدعى لدفع اليمين كثير فى مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب ؛ وهذا الوجه من

جهة فيه ، لأنه ربما لايرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان ، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره ، والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان ، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشترى لايدعى شيئا ، لأن المبيع سالم له فى يده ، فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس

(قال المصنف : لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف إليه أو لوجوه أخرى .

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » (ويبتدئ بيمين المشترى) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا . وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح لأن المشترى أشدهما إنكارا لأنه يطالب أولا بالثمن

الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقا في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر . أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذى ذكره بقوله لأن البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى . أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة ، فالإشارة إلى مافيها بلفظ القريب بعيد . وأما الثانى فلأن الأصل المذكور : أعنى كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة ، بل هو جار أيضا في صورة الاختلاف في المبيع ، فإن المشترى يدعى فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره ، والبائع يدعى وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشترى ينكره فكل منهما منكر فيحلف . وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعى على البائع شيئا لأن الثمن سالم له . بقي دعوى المشترى في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ، ولقد أفصح الإمام الزيلعى عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين : وهذا إذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس ، وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لايدعى شيئا على صاحبه ، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى . فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى مافيها وجه ، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى أيضا . أما الأول فلأن لفظ هذا يصير حينئذ زائدا ، لا موقع له في الظاهر . وأما الثانى فلأن الدليل الذى ذكره بقوله لأن البائع يدعى زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى . ثم اعلم أن صاحب الكافى وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور ، ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض مايختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ، ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفى بحلفه . يعنى كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفى بحلف المشترى لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ») قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهورا فهو مرجوح ، وإن كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى . أقول : في الجواب عنه قد تقرر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص ، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور ، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضا فيما نحن فيه . وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا ، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مرّ فهو إذن مرجوع (قال) أى القدورى في مختصره (ويبتدئ) أى القاضى (بيمين المشترى) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء (لأن المشترى أشدهما إنكارا لأنه يطالب أولا بالثمن) فهو للبادئ بالإنكار . قال صاحب العناية : وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام ، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذى يترتب عليه انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الظاهر أن مدار ماذكره المصنف على كون البادى أظلم لكونه منشأ للثانى أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ، ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشترى لما كان مطالبا أولا بالثمن كان منكرا للشيئين أصل

الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا »

ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم

الوجوب ووجوب الأداء فى الحال فكان أشد إنكارا ، وعند هذين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الأشد على الأقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولأنه يتعجل فائدة النكول) أى بالابتداء بيمين المشترى (وهو) أى فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الضمير الراجع إلى الفائدة ، إما باعتبار الخبر وهو (إلزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفى الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى ، كذا فى الكافى (وكان أبو يوسف يقول أولا : يبدأ بيمين البائع) وذكر فى المنتقى وفى جامع أبى الحسن أنه رواية عن أبى حنيفة وهو قول زفر ، كذا فى العناية وغيرها (لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع ») وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أى خص البائع بالذكر حيث قال : فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أى فائدة التخصيص (التقديم) يعنى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع ، وهذا بظاهره يقتضى الاكتفاء بيمينه ، فإذا كان لايكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه . وفى غاية البيان قال فى شرح الأقطع جوابا عن هذا الحديث : إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشترى معلومة لاتشكل لقوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين مايشكل ولم يتقدم بيانه انتهى . أقول : فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » كما أنه دليل فى حق المشترى دليل أيضا فى حق البائع ، فإنه قد مرّ أن كل واحد منهما ينكر فى كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما إذا اختلفا قبل القبض وفيما إذا اختلفا بعد القبض . ففى صورة الاختلاف فى الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشترى ، وفى صورة الاختلاف فى المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع ، فاستوى كل واحد من البائع والمشترى فى الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » فى أكثر الصور ، وعدم الاندراج تحته فى بعض الصور ، فلا فرق بينهما فى إشكال اليمين وعدم إشكالها ، ، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور . ثم إن هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشترى على القول الصحيح ، أو بيمين البائع على القول

ولقائل أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهورا فهو مرجوح ، وإن كان فكذلك لعموم المشهور ، أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشترى وهو قول محمد وأبى يوسف آخرا ورواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشترى أشدهما إنكارا لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادى بالإنكار ، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الأنسب بالمقام ، لأنه لما تقدم فى الإنكار تقدم فى الذى يترتب عليه ، أو لأن فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وذكر فى المنتقى وأبو الحسن فى جامعه أنه رواية عن أبى حنيفة ، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام (إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ») ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم : يعنى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قوله ، وذلك يقتضى الاكتفاء بيمينه ، لكن لايكتفى بها فلا أقل من البداءة بها ، وإن كان العقد مقايضة أو صرفا يبدأ القاضى بأيهما شاء لاستوائهما . قال (وصفة اليمين الخ) ذكر فى الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين . وقال فى الزيادات : يحلف البائع بالله ما باعه

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور الخ) أقول: قال فى النهاية : والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول : فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين فى الأصول ، وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول : فهو معمول به قطعا فيما عدا محل النزاع ، وهذا الحديث ليس كذلك (قال المصنف : وكان أبو يوسف ، إلى قوله : تقديمه) أقول : وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد مايمكن أن يكون جوابا عن التمسك بهذا الحديث .

(وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين) وقال فى الزيادات : يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفى تأكيدا ، والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة « بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلا » . قال (فإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لاينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة . أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى البيع الفاسد . قال (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته .

الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن (وإن كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أى بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) من البائع والمشترى (لاستوائهما) أى فى الإنكار وفى فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين) كذا ذكره فى الأصل (وقال فى الزيادات : يحلف) أى البائع (بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفى تأكيدا) قال المصنف (والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك وضعت) أى على النفى وضعت لا على الإثبات ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة « بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلا ») وقال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن ذلك لاينافى التأكيد انتهى . أقول : بل ينافيه ، لأن وضع الأيمان لما كان مقصورا على النفى كما يرشد إليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت ، بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه إفادة لقصر وضعها على النفى المشار إليه بذلك لم يجز إدراج الإثبات فى اليمين ولو بطريق التأكيد ، وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعا ، إذ لاشك أن الذى يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعى إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ماهو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات ، فلا بد من الاقتصار على النفى كما ذكر . ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل ، جلها بل كلها مدخول ومجروح ، تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلاطائل (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) أى إن طلبا أو طلب أحدهما ، كذا فى الكافى والشروح . قال المصنف (وهذا) أى الذى ذكره القدورى (يدل على أنه) أى البيع (لاينفسخ بنفس التحالف) وقال فى غاية البيان : وبه صرح فى كتاب الاستحلاف لأبى حازم القاضى حيث قال : إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى . وقال فى الكافى : وقيل ينفسخ بنفس التحالف ، والصحيح هو الأول انتهى (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقى بيع مجهول) أى بقى بيعا بثمن مجهول ، كذا فى الكافى والكفاية . أقول : هذا لايتم فى صورة كون الاختلاف فى المبيع دون الثمن ، فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك : أى بقى بيع المجهول إما بجهالة المبيع فيما إذا اختلفا فى المبيع ، وإما بجهالة الثمن فيما إذا اختلفا فى الثمن ، وإما بجهالة المبيع والثمن معا فيما إذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال : إذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ، ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع) أى البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضى مقامهما . وفى المبسوط : حل للمشترى وطء الجارية إذا كانت المبيعة ، فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشترى وطؤها . كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه) أى الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل فى الأعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أى بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة . أقول : فى تقرير المصنف شىء ، وهو أنه ساق الدليل على أصل أبى حنيفة

بألف ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف ، يضم الإثبات إلى النفى تأكيدا ، والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان وضعت للنفى كالبينات للإثبات ، دل على ذلك حديث القسامة « بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له

قال (وإن اختلفا فى الأجل أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به ،

فقط حيث قال : وجعل باذلا ، والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر ، فلا يتمشى ماذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا ، فكان الأحسن أن يقول : لأنه صارمقرًا بما يدعيه الآخرأو باذلا كما قال صاحب الكافى والإمام الزيلعى . ثم اعلم أن الإمام الزيلعى زاد فى شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخرحيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء . وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر ، لأنه بدون اتصال القضاء به لايوجب شيئا ، أما على اعتبار البذل فظاهر ؛ وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن اختلفا فى الأجل) أى فى أصله أو قدره ، كذا فى الشروح (أو فى شرط الخيار) أى فى أصله أو قدره أيضا . كذا فى معراج الدراية وغاية البيان (أوفى استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما إذا اختلفا فى استيفاء كل الثمن، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا ، وبه قال أحمد . وقال زفر والشافعى ومالك : يتحالفان . ولو اختلفا فى أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع ، كذا فى معراج الدراية . ثم إن القول فى مسائل الكتاب لمنكر الأجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء ، وفى مسئلة الاختلاف فى أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هاهنا فى الكافى وسيجيء بعضها فى الكتاب . قال صاحب العناية : وإذا اختلفا فى الأجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى . وقال بعض الفضلاء : هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشترى إذا كان منكرا كما إذا كان مدعى الخيار هو البائع انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هذه الصورة . قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة (لأن هذا) أى الاختلاف فى الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف فى غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف

قائلا ، وفيه نظر لأن ذلك لا ينافى التأكيد ، فإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما إذا طلباه أو طلب أحدهما ، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب ، وهذا يدل على أنه لاينفسخ بنفس التحالف ، بل لابد من الفسخ ، لأنه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقى بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة . أويقال : إذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهوفاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما . قال فى المبسوط : حل للمشترى وطء الجارية إذا كانت المبيعة ، وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا لصحة البذل فى الأعواض ، وإذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض . قال (وإذا اختلفا فى الأجل الخ)وإذا اختلفا فى الأجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع . وقال زفر والشافعى : يتحالفان لأن الأجل جار مجرى الوصف ، فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل ، والاختلاف فى وصف الثمن يوجبّ التحالف فكذا هذا . ولنا أن هذا الاختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به ، والاختلاف

(قوله وفيه نظر لأن ذلك لا ينافى التأكيد) أقول : والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره ، فإذا اقتصر فى التحليف به على النفى دل على ماذكره دلالة واضحة ، ولوسلم فقول المصنف : والأصح دون والصحيح للإشارة إليه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الأيمان وضعت للنفى الخ ، فإن الوضع للنفى لاينافى التأكيد بالإثبات ،كما أن الوضع للإثبات لاينافى التأكيد بالنفى ، فإنه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره ، كذا فى شرح الإتقانى ، وفيه نظر ، فإن تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لاّ نعلم له وارثا غيره فى معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة (قوله وإذا اختلفا فى الأجل فى أصله أو فى قدره) أقول : الضمير فى أصله وفى قدره راجع إلى الأجل (قوله والقول قول البائع) أقول: ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشترى إذا كان منكرا كما إذا كان مدعى الخيار هو البائع (قوله فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل الخ) أقول : فيصير الأجل كالرداءة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الأجل على ماذكره يكون كالقدر

فأشبه الاختلاف فى الحطّ والإبراء ، وهـذا لأن بانعدامه لايختل مابه قوام العقـد . بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف . ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض .

فى غيرهما لايوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص ، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد ، إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين . وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع ، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لابالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن ، وكأنه قيل : إذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو فى الثمن تحالفا ، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن فى معنى المنصوص عليه فلم يلحق به ، هذا زبدة ما فى الشروح والكافى هاهنا (فأشبه الاختلاف فى الحطّ) أى فى الحط من الثمن (والإبراء) أى الإبراء عن الثمن ، ولا تحالف فى الاختلاف فيهما ، بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا فى الاختلاف فى الأمور المذكورة (وهذا) أى كون الاختلاف فى الأمور المذكورة اختلافا فى غير المعقود عليه والمعقود به . ويجوز أن يشار به إلى الأقرب : أى شبه الاختلاف فى الأمور المذكورة للاختلاف فى الحط والإبراء (لأن بانعدامه) أى بانعدام ماذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لايختلّ ما به قوام العقد) لأن العقد بلا شرط وأجل جائز . فإذا اختلفا فى الشرط أو فى الأجل وحالفا بقى العقد بلا شرط وأجل ، وأنه لايوجب الفساد . وأما إذا اختلف فى المثمن أو الثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا ، وذلك يوجب الفساد . ووجه آخر وهو أن الاختلاف فى الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف فى العقد ؛ ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لايقبل، وإذا اختلفا فى العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا . أما الاختلاف فى الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف فى العقد ؛ ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضى بالعقد بألف حالة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ، كذا فى النهاية نقلا عن جامع الإمام قاضيخان (بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف فى القدر) أى فى قدر الثمن (فى جريان التحالف لأن ذلك) أى الاختلاف فى وصف الثمن (يرجع إلى نفس الثمن) أى إلى الاختلاف فى نفس الثمن (فإن الثمن دين وهو) أى الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا فى الوصف وهو معرف صار اختلافهما فى المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الأجل) أى ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف فى قدر الثمن (لأنه) أى الأجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، ونوّر هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أى بعد مضىّ الأجل ولو كان وصفا لتبعه كذا فى الكافى .قال فى معراج الدراية : كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما) أى الخيار والأجل (يثبتان بعارض الشرط) أى بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم فى استيفاء بعض الثمن كذلك ،

فى غيرهما لايوجب التحالف ، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك ، كشرط الخيار فى أن العقد بعدمهما لايختل فلم يكن فى معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف فى الحط والإبراء عن الثمن ، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف فى قدره فى جريان التحالف ، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف ، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف ؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لايفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، وإذا لم يكونا

(قوله فيما يتم به العقد) أقول : يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لايفارق الموصوف) أقول : مبنى على الفرق بين الوصف والعارض

قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى . وقال محمد رحمه الله : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي رحمه الله ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لايقدر على ردّه بالعيب . لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن

لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا . كذا فى العناية (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن هلك المبيع ثم اختلفا) أى فإن هلك المبيع بعد قبض المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن ، كذا فى الشروح ، وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشترى) أى مع يمينه (وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي ، وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أى ملك المشترى (أو صار) أى المبيع (بحال لايقدر) أى المشترى (على رده بالعيب) بحدوث عيب فى يده (لهما) أى لمحمد والشافعي رحمهما الله (أن كل واحد منهما) أى من البائع والمشترى (يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فإن البيع بألف غير البيع بألفين ؛ ألا يرى أن شاهدى البيع إذا اختلفا فى مقدار الثمن لاتقبل الشهادة (وأنه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حلّ هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ، ولهذا كان للشراح هاهنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشفى الغليل . فقال صاحب النهاية : أى وأن التحالف يفيد إعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف ، فإن فائدة اليمين النكول ، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف التّرادّ وامتنع التّرادّ بالهلاك فلا فائدة فى التحالف . فأجاب عنه وقال : بل فيه فائدة وهى دفع المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى فلذلك يتحالفان . فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشترى حينئذ فما

وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط ، والقول لمن ينكر العوارض ، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لايختل ما به قيام العقد لبقاء مايحصل ثمنا ، ولو اختلفا فى استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك ، لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى . وإذا اختلفا فى مضى الأجل فالقول للمشترى ؛ لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه . قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فإن هلك المبيع فى يد المشترى أو خرج عن ملكه أو صار بحال لايقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، والقول قول المشترى . وقال محمد والشافعي : يتحالفان ، ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لاتفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة ، أما الدليل النقلى فهو قوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادّا) ولا يعارضه ما فى الحديث الآخر من قوله « والسلعة قائمة » لأنه ملكور على سبيل التنبيه : أى تحالفا وإن كانت السلعة قائمة ، فإن عند ذلك تميز الصادق من الكاذب ، فتحكيم قيمة السلعة فى الحال متأتّ ، ولا كذلك بعد الهلاك ، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى . وأما العقلىّ فما ذكره فى الكتاب أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما فى حال قيام السلعة . فإن قيل : هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد التّرادّ ولا فائدة له بعد الهلاك . أجاب بقوله (فإنه) يعنى التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا ، كما إذا

(قوله والحكم باستيفاء) أقول : الظاهر فى استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه الخ) أقول : الضمير فى قوله بانعدامه راجع إلى بعض الثمن (قوله لبقاء مايحصل ثمنا الخ) أقول : فيه شيء يجوز دفعه بإرجاع ضمير انعدامه إلى الاستيفاء (قوله ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول : يعنى ثم اختلفا فى قدر الثمن (قوله يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول : فإن قيل : دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس إلا قلنا : إذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة المدعاة (قوله بالنكول) أقول : أى بنكول المشترى ، وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن (قوله وإذا حلف البائع) أقول : يعنى بعد حلف المشترى .

فائدة تحليف البائع ؟ قلنا : لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشترى ، فإن المشترى إذا نكل يجب الثمن الذى ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشترى ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان ، إلى هنا كلامه . وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحال . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه لما فسر الدفع الواقع فى كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لامن دفع عنه حيث قال : أى وإن التحالف يفيد إعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هى إعطاء المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى اتجه عليه السؤال الذى ذكره بقوله : فإن قيل بالضرورة ، ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه أصلا ، لأنه إن أراد أنه لاتحصل تمام الفائدة التى حمل عليه مراد المصنف هاهنا بتحليف المشترى فليس بصحيح ، إذ لاشك أنه إذا حلف المشترى وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التى يدعيها البائع ، وإن أراد أنه لايحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشترى فلا يفيد شيئا فى دفع السؤال لأن مورده ماحمل عليه مراد المصنف هاهنا . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله فى الجواب والبائع إذا نكل الخ أنه إذا نكل بعد نكول المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح ، إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر ، فبعد نكول المشترى يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله ، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن فى هذه الصورة يندفع عن المشترى ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع . وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثانى وهو اندفاع الزيادة عن المشترى يحصل بتحليف المشترى إن حلف ، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشترى يحصل بتحليفه إن نكل ، فتمام الفائدة الذى ذكره وهو أحد الأمرين لابعينه يحصل بتحليف المشترى وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط . وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة : يعنى أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنهما حملا الدفع الواقع فى كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى ، واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع ، فيتجه على ما ذهبا إليه أن نكول البائع إنما يتصور بعد حلف المشترى لابعد نكوله لما بيناه آنفا ، وعند حلف المشترى قد حصلت هذه الفائدة : أعنى دفع زيادة الثمن عن المشترى فما الفائدة فى تحليف البائع ونكوله بعد ذلك . وقال صاحب العناية : وإنه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن : يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى .

أقول : وفيه أيضا بحث لأنه جعل الدفع الواقع فى كلام المصنف من دفع عنه كما ترى ، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشترى ، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشترى ، لأن الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشترى إنما هو نكول البائع ، وأما نكول المشترى فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إياها فإذا يئول قوله : يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه مايرد على ذلك ويزداد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة ، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد . فإن قلت : يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشترى اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك ، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشترى بأن يقضى بما ادعاه المشترى وهو أقل الثمنين لابأن يفسخ البيع على قيمة الهالك ، فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف . قلت : لايتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع ، بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه ، فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع

فيتحالفان ، كما إذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة . ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة ،

الزيادة المدعاة ، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ماذكر . فإن قيل : يجوز أن تكون كلمة حلف فى قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغة المبنى للمفعول من التفصيل ، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة : أى بنكول البائع لابحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله . قلنا : فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لايخفى . ثم إن بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هاهنا فقال فى تفسير قوله بالنكول أى بنكول المشترى ، وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن . وقال فى تفسير قوله وإذا حلف البائع : يعنى بعد حلف المشترى ، وقال : فإن قيل : دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس إلا . قلنا : إذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى . أقول : جملة ماذكره ليست بشىء ، أما فى تفسير قوله بالنكول بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلأنه لايكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا ، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة : أى الثابتة فى الواقع بنكول المشترى فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لاغير ، وإن كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له ، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى يجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه ، بل لايتصور التحالف عند نكول المشترى أصلا على ما مر غير مرة . وأما قوله يعنى بعد حلف المشترى فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه . وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لايلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها . وقال صاحب غاية البيان : قوله وإنه يفيد دفع زيادة الثمن : أى أن دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث ، لأن دعوى المشترى لاتفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع ، وإنما الذى يفيد دفعها بنية المشترى أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع ، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء ، على أن الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لابيان فائدة دعوى المشترى ولا بيان فائدة تحليفه فقط ، فلو كان مراد المصنف ماذكره فات مقتضى المقام كما لايخفى على ذوى الأفهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما إذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بأن ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فإنهما يتحالفان ويلزم المشترى رد القيمة (ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به) أى بالتحالف (فى حال قيام السلعة) وهو قوله

اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة . ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الدليل النقلى والعقلى يفصل بينهما ، فإلحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين : حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع . أما الأول فلأن قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » يوجب اليمين على المشترى خاصة لأنه المنكر فى هذه الصورة ، بخلاف ماقبل القبض كما تقدم ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « والسلعة قائمة » ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد ، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط . وأما الثانى فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشترى مايدعيه ، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيره . فإن قيل : فليكن ملحقا بالدلالة . أجاب بقوله والتحالف فيه : أى فى حال القيام يفضى إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه ، ولا كذلك بعد هلاكها ، ألا ترى أنه لاينفسخ بالإقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس فى معناه فبطل الإلحاق بالدلالة أيضا

(قوله ولأبى حنيفة وأبى يوسف ، إلى قوله : بالتفريق بينهما) أقول : أنت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ماذكره لا الدليل النقلى

(قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « والسلعة قائمة ») أقول فيه تأمل ، فإن الفصل لايفهم إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية

والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ . ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولأنه لايبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود . وإنما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد . وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة . فإن قيل : فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة . أجاب بقوله (والتحالف فيه) أى فى حال قيام السلعة (يفضى إلى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك ، ألا يرى أنه لاينفسخ بالإقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف إذ الفسخ لايرد إلا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن فى معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة فى معنى وقت قيام السلعة فبطل الإلحاق أيضا (ولأنه لايبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعى أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره : أى لايبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه ، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع ؛ فلما ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الألف الزائد ، وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لأن البائع يدعى الدنانير والمشترى ينكر ، والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر ، وإنكاره صحيح لأن المبيع لايسلم للمشترى إلا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الألف وهو يكفى للصحة ، كذا قرر المقام فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى . وقال صاحب العناية فى تقريره : قوله ولأنه لايبالى الخ جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم : أى سلمنا ذلك لكن لايضرنا فيما نحن فيه ، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاهنا ليس كذلك ، لأن مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين. ثم قال : ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعا وهبة ، فإن فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب . وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس ، وعن الثانى بأنه على الاختلاف ، والمذكور فى بعض الكتب قول محمد انتهى (وإنما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد ؛ وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وإنه يفيد دفع زيادة الثمن : يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد ، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول ،

(قوله ولأنه لايبالى)جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة : أى سلمنا ذلك ، لكن لايضرنا فيما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر ، وهاهنا ليس كذلك لأن مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه ، وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين . ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعا وهبة ، فإن فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب . وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس ، وعن الثانى بأنه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد . وقوله (وإنما يراعى) جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ، ومعناه أن المراعى من الفائدة مايكون من موجبات العقد ، وما ذكرتم

فلا يلزم من إلحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول : لظهور أنه لايعود إلى كل منهما رأس ماله (قوله أى سلمنا ذلك لكن لايضرنا) أقول : قال العلامة الزيلعى فى باب المرابحة : ولا معنى لقولهما : إن كل واحد منهما يدعى عقدا غير مايدعيه الآخر ، فإن العقد لايختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ؛ ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى . وفيه تأمل ، فإن الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله ، ولا يلزم منه اتحاد اليمين (قال المصنف : وإنما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد) أقول : فيه تأمل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أن المراعى من الفائدة التحالف لايستقيم قوله لايكون من موجبات العقد وهو ظاهر ، وإن أراد أن المراعى من الفائدة

وهذا إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل . قال (وإن هلك أحد

وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه . هذا زبدة مافى الشروح . واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى . أقول : مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه ، وليس المراد به ذلك قطعا ، إذ لاشك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه إياه . وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد . وهذا مما لاسترة به . ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال : وفيه نظر ؛ لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى . أقول : لم يعتبر التراد فائدة للتحالف إلا بعد القبض ، إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور . نعم لقائل أن يقول : الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما ، فأى شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة ، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وإنما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف فى التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن دينا) أى ثابتا فى الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فإن كان عينا) أى فإن كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة مبيع وثمن ، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا فى قدر البدل ، وإن اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشترى أنه كان عينا يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لايتحالفان فالقول قول المشترى ، كذا فى الكفاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن هلك أحد

ليس منها فإنه من موجبات النكول ، والنكول من موجبات التحالف ، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ماهو من موجباته . وهو ماذكرنا من ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف ، وليس التحالف من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أى هذا الاختلاف (إذا كان الثمن دينا) ثابتا فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فأما إذا كان عينا) بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين ، فإنهما (يتحالفان لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن) قال (وإن هلك أحد

العقد فليس الكلام فيه بل فى فائدة التحالف فليتأمل . وجوابه أنا نختار الأول وعدم استقامة ذلك ممنوع (قوله فإنه من موجبات النكول) أقول : لعل المراد لنكول البائع لظهور أنه ليس موجب لنكول المشترى لكن فيه تأمل ، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشترى وكيف يكون من موجبات النكول ، فإنه إذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة . وجوابه أنه مبنى على التنزل وإرخاء العنان للخصم ، لكنه قال فى تقرير كلام محمد والشافعى : وإذا حلفه البائع اندفعت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول : فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول : فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول : بل من موجباته ، فإنه تبين بالتحالف فساده على مامر فى الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه تأمل ، فإنه قبل القبض على وفاق القياس .

العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن . وفى الجامع الصغير : القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحىّ ولا شىء له . وقال أبو يوسف : يتحالفان فى الحىّ ويفسخ العقد فى الحىّ . والقول قول المشترى

العبدين) أى بعد قبضهما : كذا فى الشروح (ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعنى إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير : القول قول المشترى) أى فيهما ، كذا فى كثير من الشروح (مع يمينه عند أبى حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحىّ ولا شىء له من قيمة الهالك) وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير ، لأن لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف ، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف : يتحالفان فى الحىّ ويفسخ العقد فى الحىّ) قال صاحب العناية : وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحىّ ليس بالصحيح على ما سيأتى انتهى . أقول : يعنى أن قوله هاهنا يتحالفان فى الحىّ ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبى يوسف على ما سيأتى ، وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معا لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ، ولكن فيه نظر ، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتى من التفسير الصحيح ، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحىّ حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيئول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح ، بل قال يتحالفان فى الحىّ فيجوز أن تكون كلمة فى بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحىّ كما فى قوله تعالى ـ فذلكن الذى لمتننى فيه ـ وكما فى الحديث « أن امرأة دخلت النار فى هرة حبستها » على مانص عليه فى مغنى اللبيب . ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحىّ : أى كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد فى الحىّ لا ينافى أن يتحالفا على الحىّ والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتى بيانه (والقول قول المشترى

العبدين ثم اختلفا الخ) وإذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير: القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحىّ ولا شىء له) واختلاف هاتين الروايتين فى اللفظ لا يخفى . واختلف المشايخ فى توجيه قوله أن يترك حصة الهالك ، وقوله أن يأخذ الحى ولا شىء له . وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا : معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم ، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور فى الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان ، والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحىّ ولا شىء له معناه : لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عامتهم . وقال بعضهم : معناه لم يتحالفا ، والقول قول المشترى مع يمينه ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا على ما أقرّ به المشترى ، وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشترى لا إلى التحالف ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى ، وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحىّ لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية ، بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما . قيل : والصحيح هو الثانى لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما أقرّ به المشترى ، إنما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف : يتحالفان فى الحىّ ويفسخ العقد فى الحىّ ، والقول قول المشترى .

(قوله بل بطريق تصديق المشترى فى قوله) أقول : الضمير فى قوله راجع إلى المشترى (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول : فيه أن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة ، وإنما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول : القائل

فى قيمة الهالك . وقال محمد : يتحالفان عليهما ويرد الحىّ وقيمة الهالك) لأن هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى . ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره . ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لايمكن التحالف فى القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز

فى قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبى يوسف . أقول : فى عبارة الكتاب هاهنا قصور . لأن قول المشترى إنما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقرّ به المشترى كما سيجىء تفصيله . لا فى قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتى حيث قال : فإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى . وعن هذا قال صاحب الكافى : وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحىّ ويفسد العقد فى الحىّ والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد : يتحالفان عليهما) أى على الحىّ والهالك (ويردّ الحى وقيمة الهالك ، لأن هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية : والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل فى المقسم عليه فلا يجوز انتهى . وردّ عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك) أى لأجل الهالك (فيتقدر بقدره) أى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لايزيد على العلة (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فى حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه ، وما يثبت على خلاف القياس لايتعدى إلى الغير ، فحصل من هذا الدليل نفى القياس . والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لايخفى (ولأنه لايمكن التحالف فى القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سيأتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها ، فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة . والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى . فإن قلت : ما الفرق لأبى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الأجرة ، ففى حصة ما أقام العمل القول لربّ الثوب مع يمينه ، وفى حصة ما بقى يتحالفان بالإجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع ، وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع . قلت : الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع فى العبدين عقد واحد ، فإذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى .

فى قيمة الهالك) وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحىّ ليس بصحيح على ما سيأتى (وقال محمد يتحالفان عليهما) ويفسخ العقد فيهما) (ويرد الحىّ وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل فى المقسم عليه فلا يجوز (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لايبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس فى معناه من كل وجه ، لأن التحالف فى القائم لايمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن ، ولا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فتؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز ، وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين فى المتن لإثبات المدعى ينفى القياس ، وفيه إشارة إلى الجواب عن

صاحب النهاية ، وفيه بحث لأنه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيئا قليلا لصغره أو لكونه مريضا أو مثوفا وتكثر الرغبات فى الحى وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا فى زيادة قيمة الحى ، فإنه لولا الصلح لا يعطيه المشترى الحى إذ القول قوله مع يمينه فتأمل (قوله فى قيمة الهالك) أى فى حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول : أنت خبير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه . والظاهر أن التعليل الأول لأبى حنيفة لجواب عن محمد ، والثانى لجواب عن أبى يوسف لا كما فهمه الشارح .

إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا : إن المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحىّ ولا شىء له ، معناه : لايأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا . وقال بعض المشايخ : يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشترى ؛ وإنما لا يأخذ الزيادة . وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشترى لا إلى التحالف ؛ لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى ،

وأما عقد الإجارة فنى حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب مايقيم من العمل فيتعذر فسخه فى البعض لايتعذر فسخه فى الباقى ، كذا فى الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجارات المبسوط . أقول : لقائل أن يقول : هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثانى فلا ، لأن عقد الإجارة وإن كان فى حكم عقود متفرقة إلا أنه فى الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلابد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل بعين ماقيل فى عقد البيع فينبغى أن لايجوز أيضا (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أى بالكلية (لأنه حينئذ) أى حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أى إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أى توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أى عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور فى الكلام ، فكان تقدير الكلام : لم يتحالفا عند أبى حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أى قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحىّ ولا شىء له معناه : لايأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا) أقول : كان الظاهر فى التحرير من حيث العربية ، والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين . أو أن يقال إن قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شىء له ، معناه : لايأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشترى ، وإنما لايأخذ الزيادة ، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشترى لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة والقول قول المشترى مع يمينه ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحىّ ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا زائدا على ما أقرّ به المشترى فحينئذ لايمين على المشترى (لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى) قال صاحب العناية : وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه ، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى . وقال بعض الفضلاء فيه : إن أخذ الحىّ يكون معلقا بمشيئتهما البتة ، وإنما الذى لايتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقرّ به من ثمن الهالك انتهى . أقول : هذا ليس بشىء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة أنه كان فى الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح ، لأن المذكور فى الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شىء له ، ولم يعلق فيه أخذ الحىّ إلا بمشيئة البائع ، وإن أراد به أن يكون فى الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام ،

مسئلة الإجارة ، فإن القصّار مثلا إذا أقام بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الأجرة فنى حصة العمل القول لربّ الثوب مع يمينه ، وفى حصة ما بقى يتحالفان بالإجماع ، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين . وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدين ، وبيان ذلك أن السلعة فى البيع واحدة ، فإذا تعذر الفسخ بالهلاك فى البعض تعذر فى الباقى . وأما الإجارة فهى عقود متفرقة تتجدد فى كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ فى بعض لايتعذر فى الباقى ؛

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا) أقول : يعنى كصاحبيه ثم الضمير فى قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة (قوله لايتعذر الباقى) أقول : فيه تأمل ، فإن حصة الباقى يعلم بالحزر والظن وذلك بجهل فى المقسم عليه

ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه فى القائم . وإذا حلفا ولم يتفقا على شىء فادّعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى بردّ الباقى وقيمة الهالك . واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ،

فإن مراده أن أخذ الحىّ لو كان بطريق الصلح لكان معلقا فى الكتاب بمشيئتهما كما يكون فى الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه فى القائم) أى فى البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده فى الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (وإذا حلفا ولم يتفقا على شىء) كان الأحسن فى التحرير أن يقول : وإذا لم يتفقا على شىء وحلفا بتقديم لم يتفقا على شىء على حلفا فى الوضع لتقدمه عليه فى الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أى أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى بردّ الباقى وقيمة الهالك) والقول فى القيمة قول المشترى لأن البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله ، كما لو اختلفا فى قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد ، كذا فى الشروح (واختلفوا فى تفسيره) أى فى تفسير التحالف (على قول أبى يوسف) قال فى النهاية ومعراج الدراية : لم يذكر تفسير التحالف على قول أبى حنيفة لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل . أقول : فيه شىء ، وهو أن هلاك البعض لايمنع التحالف عنده مطلقا بل إن رضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ ، وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أوّلا كما مر آنفا ، فكان لذكر تفسير التحالف عند أبى حنيفة أيضا مساغ . وعن هذا أن الإمام الزيلعى بعد أن ذكر فى التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبى يوسف قال : وعند أبى حنيفة أن البائع إذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرناه لأبى يوسف انتهى . وقال فى غاية البيان : لما كان قول أبى حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى . أقول : هذا أقرب إلى الحق مما سبق ، ولكن فيه أيضا شىء لايخفى . فالأولى أن يقال : لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع فى قول أبى حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هى صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال ، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبى يوسف (والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال : يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والعقد ينفسخ فى القائم لافى الهالك ، وهذا ليس بصحيح لأن المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا ، وكذا لو حلف البائع

والثانى ينفى الإلحاق بالدلالة . وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبى يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه فى القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده فى الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (فإذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى بردّ الباقى وقيمة الهالك) والقول فى القيمة قول المشترى لأن البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا فى قيمة المغصوب (واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لاغير لأن العقد ينفسخ فى القائم لا فى الهالك ، وهذا ليس بصحيح لأن المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا ، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ،

(قوله والثانى ينفى الإلحاق بالدلالة الخ) أقول : هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الدليلين المذكورين فى المتن لإثبات المدعى ينفى القياس الخ (قوله وهذا ليس بصحيح ، إلى قوله ، وكان صادقا) أقول : لم لايجوز أن يحلف المشترى أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة . ولا يرد ما يقال ، لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا ، فإن ما يخص كل واحد منهما لايعرف إلا بالحدس والتخمين

فإن نكل لزمه دعوى البائع . وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى ، فإن نكل لزمه دعوى المشترى . وإن حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع ،

بالله مابعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدّق فلا يفيد التحالف ، فالصحيح أن يحلف المشترى على الوجه المذكور فى الكتاب (فإن نكل لزمه دعوى البائع ، وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى ، فإن نكل لزمه دعوى المشترى ، وإن حلف يفسخان العقد فى القائم) فإن قلت : أسند فسخ العقد هاهنا إليهما كما ترى وفيا سبق إلى القاضى حيث قال : وإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق ؟ قلت : معنى ماسبق فسخ القاضى بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما ، يرشد إليه أن الشراح قالوا فى شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما إن طلبا أو طلب أحدهما ، لأن الفسخ حقهما فلابد من الطلب انتهى . إذ لايخفى أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما ، ومعنى ماذكر هاهنا يفسخان العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على نهج قوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادّا » وهذا لاينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيا إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى . وسيأتى التصريح من الشراح فى مسئلة التحالف بالإقالة بتساوى فسخ القاضى وفسخهما بأنفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشترى ، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده ، كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقرّ به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقرّ به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن ، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى أقرّ به ويسقط عنه الباقى من ذلك الثمن (وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذى

فإن نكل لزمه دعوى البائع . وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى ، فإن نكل لزمه دعوى المشترى ، وإن حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى يقرّ به المشترى ، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده (ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقرّ به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقرّ به المشترى ويسقط عنه نصف الثمن ، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أنّ قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشترى ثلث ما أقرّ به من الثمن (وإن اختلفا) فى ذلك فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ، وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن ، دل على ذلك مسائل الزيادات . وقال محمد : قيمة الأم يوم العقد ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لايوم القبض . وقال ظهير الدين : هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذى تخايل لى بعد طول التجشم أن فيا ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيا صار

فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين (قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول : فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع

أقرّ به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل : لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا ، حتى قال محمد : قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من العبدين هاهنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لايوم القبض . قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد : هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذى يخايل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق مايوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصدده تحقق مايوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف ، أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما ، لأنه إن تعذر الفسخ فى الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد ، حتى قال : يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض ، كذا فى النهاية وأكثر الشروح . أقول : فى التوجيه الذى ذكره الإمام ظهير الدين نظر ، لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فى حق الميت على قول أبى يوسف ممنوع ، لأن مايوجب ذلك فيما نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به ، والتحالف إنما يجرى عنده فى الحى دون الميت . وتعذر الفسخ فى الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف ، ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على الهالك أيضا أجاز الفسخ فى الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه ، فإذا لم يتحقق التحالف فى الهالك على قول أبى يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لايقتضى اعتباره سيما عند تحقق مايقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد . ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما فى تلك الشروح : وأقول : الأصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الهلاك ، فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا إلى عدم الانفساخ ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا إلى الانفساخ انتهى . أقول : وفيه أيضا نظر ، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد فى القائم صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير تام ، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضى انفساخ العقد فى الهالك بانفساخه فى القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز . وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما

مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصدده تحقق مايوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف : أما فى الحى منهما فظاهر ، وكذلك فى الميت منهما ، لأنه إن تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال : يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده ، فيجب إعمال التحالف فى اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما

(قوله وهو التحالف) أقول : قوله هو راجع إلى مافى قوله مايوجب الفسخ الخ (قوله أما فى الحى) أقول : أى أما كون التحالف موجبا للفسخ فى الحى (قوله لمكان الهلاك) أقول : الذى هو مانع (قوله ماهو من لوازم الفسخ) أقول : أى من روادفه وتوابعه ، وليس المراد اللازم الميزانى ، ثم أقول : قال محمد : فبأى ذلك وجد عيبا يرده بحصته من الثمن ، فالعيب إن كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق مايوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وإن لم يكن مما يوجبه يحتاج إلى الفرق بين مافى الزيادات ، والمسئلة المنقولة من بيوع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به فى النهاية .

وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ماذكر فى بيوع الأصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما . فإن اختلفا فى قيمة الهالك فالقول قول البائع)لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهذا لفقه . وهو أن فى الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله .

فلا يقتضى ذلك ، فإن اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها إذ هى تم بالقبض وهو جائز ، ألا يرى إلى مامرّ فى باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فإنه يفسخ العقد فى العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز ، والمسئلة فيا نحن فيه مفروضة فيا إذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين فى صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن أقاماها فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الزيادة فى قيمة الهالك . فإن قيل : المشترى يدعى زيادة فى قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لإثباتها الزيادة. قلنا : إن الذى وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك ، والاختلاف فى قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف فى قيمة الهالك ، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام المرغينانى وقاضيخان (وهو) أى ماذكر من قول أبى يوسف وتفريعاته (قياس ماذكر فى بيوع الأصل) أى المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخرعنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما) أى يوم القبض ، كذا فى النهاية (فإن اختلفا فى قيمة الهالك) أى فى مسئلة الأصل (فالقول قول البائع ، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر ، وإن أقاما البينة) أى فى مسئلة الأصل (فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة فى قيمة الهالك ، والبينات شرعت للإثبات فا كان أكثر إثباتا كان أولى . قال المصنف (وهذا لفقه) أى اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهى (وهو أن فى الأيمان تعتبر الحقيقة) أى حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة ، واستدل المصنف عليه بقوله (لأنها) أى الأيمان (تتوجه على أحد العاقدين) أى لاعلى الوكيل والنائب (وهما) أى المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لأن العقد فعل أنفسهما والإنسان أعرف بحال نفسه (فبنى الأمر عليها) أى على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لأنه ينكر سقوط الزيادة

يوم القبض . هذا ماقاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين . وأقول : الأصل فيا هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد مايوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيا نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ العقد فى القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين ، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا إلى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا إلى الانفساخ (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن أقاماها فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الزيادة فى قيمة الهالك ، ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة فى قيمة القائم لأنها ضمنية ، والاختلاف المقصود هو ماكان فى قيمة الهالك . ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه فى أن القول هاهنا قول البائع ، والبينة أيضا بينته مع أن المعهود خلاف ذلك ، إذ البائع إما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه ، فإن كان الأول فعليه البينة ، وإن كان الثانى فعليه اليمين إذا أنكر ، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين ، وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبنى على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك ،

وفى البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لايعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على مامر . وهذا يبين لك معنى ماذكرناه من قول أبى يوسف . قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد فى البيع المطلق والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين ،

(وفى البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لايعلمان حقيقة الحال) لأنهما يخبران عن فعل الغير لاعن فعل أنفسهما : فيجوز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ماظهر عندهما بهزل أوتلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا) أى كما اعتبر يمينه (وتترجح) أى تترجح بينته على بينة المشترى (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لأنها أكثر إثباتا ظاهرا (وهذا) أى ما ذكر فى بيوع الأصل (يبين لك معنى ماذكرناه فى قول أبى يوسف) رحمه الله فى التحالف وتفريعاته التى ذكرت فى بيوع الجامع الصغير (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أى ونقد ثمنها ، كذا فى الشروح وفى أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة ، كذا فى الشروح ، وسيشير إليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا فى الثمن) فقال المشترى كان الثمن ألفا فعليك أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعلىّ رد الخمسمائة (فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الإقالة ؛ معناه : يعود البيع الأول إذا فسخ القاضى أوفسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لاتنفسخ إلا بالفسخ ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الإسلام . ولما استشعر أن يقال النص الوارد فى حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا » لم يتناول الإقالة ، فما وجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أى فى التقايل (بالنص لأنه ورد فى البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه (والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين) وإن كان بيعا جديدا فى حق غيرهما . فإن قلت : قوله والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين إنما يتمشى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف ، فإن الإقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضا ، والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية ؟ قلت : كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا ، وذلك السؤال إنما

فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة ، ومبنى البينات على الظاهر لأن الشاهد يخبر عن فعل غيره لاعن فعل نفسه ، فجاز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ماظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك . وإذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه ، وأن تقبل بينته لأنه مدع فى الظاهر . وإذا أقاما البينة تترجح بالزيادة الظاهرة على مامر ، وفى كلامه نظر ، لأنه علل اعتبار الحقيقة فى الأيمان بقوله لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعى ، فإن توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب إنما هو لأن المعتبر فى الأيمان هو الحقيقة . ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل ، والفرق بيّن عند المحصلين (قوله وهذا) أى ماذكر فى الأصل (يبين معنى ماذكرناه) من قول أبى يوسف فى التحالف وتفريعاته التى ذكرت فى مسئلة الجامع الصغير . قال (ومن اشترى جارية الخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا فى الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الإقالة ، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أوفسخها القاضى لأنها كالمبيع لاتنفسخ إلا بالفسخ . فإن قيل : النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد فى البيع المطلق والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين) فلا تدخل تحته

(قوله فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام الخ) أقول : لايخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن ، فلو حلف يلزم الإقدام على اليمين بجهالة (قوله لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه) أقول : فيه شىء .

وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى . قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد) لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا .

يكاد يتوجه على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف كما لا يخفى ، فبنى الجواب أيضا على أصلهما دون أصله فتدبر (وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع الجارية بحكم الإقالة (والقياس يوافقه على مامر) أى فى أول الباب (ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس : يعنى إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أى ونقيس الوارث على العاقد : يعنى إذا اختلف وارث البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أى ونقيس القيمة على العين (فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى إذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة ، فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى . وفى غاية البيان : وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف . وفى بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى ، وفى بعضها فيما إذا استهلك المبيع . قال الإمام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح : استهلك المشترى انتهى . وفى معراج الدراية : الصواب إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ، وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف ، أو الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) يعنى أن محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا » معلولا بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : الإقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا ، قلنا : لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى . أقول : جوابه ساقط جدا ، لأن التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى ، فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الإقالة بيعا مانعا عنده عن أن يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر أحكام البيع المطلق أيضا مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها فى الإقالة عنده على ما تقرر فى بابها . ثم أقول : فى دفع سؤاله إن أصل أبى يوسف فى الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعا كالإقالة قبل القبض

(وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسئلة الإقالة مفروضة قبل القبض ، والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة) إذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) إذا اختلفا فى الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى إذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة . فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص إذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض .

(قال المصنف : ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ) أقول : فإن قيل : الإقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا ، قلنا : لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول : هو العقد كما مر .

قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم ، بخلاف الإقالة فى البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لوكان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لايعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما . قال (وإذا اختلف الزوجان فى المهرفادّعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوّجنى بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نوّر دعواه بالحجة .

فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الإقالة ، وفيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم فى كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن) أى فى رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم إليه) أى مع يمينه ، لأن رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أى لايتحالفان ولا يعود السلم (لأن الإقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض) أى الفسخ : يعنى أن المقصود من التحالف الفسخ ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادّا » ، والإقالة فى باب السلم لاتحتمله (لأنه) أى الإقالة فى باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل (إسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لايعود (فلا يعود السلم ، بخلاف الإقالة فى البيع) فإنها تحتمل الفسخ ويعود المبيع إلى المشترى بعد عوده إلى البائع لكونه عينا قائما ، (ونوّر هذا بقوله : ألا يرى أن رأس مال السلم لوكان عرضا فردّه بالعيب) أى فقضى القاضى بالرد بالعيب على ربّ السلم (وهلك) أى فى يد المسلم إليه (قبل التسليم إلى رب السلم لايعود السلم ، ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع ، دل) أى دل هذا الذى ذكر (على الفرق بينهما) أى بين السلم والبيع . فان قيل : ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فإنهما يتحالفان فيما إذا هلكت السلعة ، ولا يتحالفان فى إقالة السلم إذا اختلفا فى مقدار رأس المال وإن فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا ؟ قلنا : الإقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه ، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فأيهما أقام البينة تقبل ببينته) قال المصنف فى تعليله (لأنه نوّر دعواه بالحجة) قال الشراح : أما قبول بينة المرأة فظاهر

قال (ومن أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم فى كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن لايتحالفان والقول قول المسلم إليه ولايعود السلم ، لأن فائدة التحالف الفسخ والإقالة فى باب السلم لاتحتمله لكونه فيه إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لايعود ، بخلاف الإقالة فى البيع فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا إلى المشترى بعد عوده إلى البائع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لوكان عرضا فردّه بالعيب يعنى قضى القاضى بذلك وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لاترتفع الإقالة ولايعود السلم ، ولوكان ذلك فى بيع العين عاد البيع ، وإنما كان القول للمسلم إليه لأن ربّ السلم يدعى عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر ، وأما هو فلا يدعى على ربّ السلم شيئا لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة . قيل المعقود عليه قد فات فى إقالة السلم وفيما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا ، فما الفرق لمحمد فى إجراء التحالف فى صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم . وأجيب بأن الإقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه ، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ . قال (وإذا اختلف الزوجان فى المهر الخ) إذا اختلف الزوجان

(قوله لأن فائدة التحالف الفسخ) أقول : لقوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادا » ولكن بقى هاهنا بحث ، لأنه إن أراد كليا فممنوع والسند التحالف إذا اختلفا فى المهر ، وإن أراد جزئيا فسلم ولا يفيده . وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف فى المهر فافهم (قوله لاترتفع الإقالة) أقول : ينبغى أن يرفع من هنا (قوله وأجيب بأن الإقالة فى السلم الخ) أقول : فيه أن محمدا يرى النص معلولا ، وذلك التعليل جار هنا ، فإن كلا منهـ

(وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته (وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية ، وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه ، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على مامر فيفسخ ،

لأنها تدعى الزيادة ، وإنما الإشكال فى قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها انتهى (فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدورى . قال المصنف فى تعليله (لأنها) أى لأن بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال فى توجيهه (معناه إذا كان مهر مثلها) أى مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية فى تفصيل المسئلة : وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا ، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان الثانى فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى . أقول : فى تحريره خلل ، حيث حكم فى الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك ، بل الأول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة ، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان الثانى فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحطّ فيتهاتران فيجب مهر المثل ، وقد صرح بهذا التفصيل فى عامة الكتب المعتبرة حتى المتون فى باب المهر ، بل صرح به صاحب العناية أيضا فى ذلك الباب من شرح هذا الكتاب . وأما قول المصنف : معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل ، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمى كون مهر مثلها أقل مما ادعته ، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو فى قوله وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضى شمول الأقسام كما لا يخفى على ذوى الأفهام . ولقد أحسن الإمام الزيلعى فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز وإن برهنا فللمرأة ، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل مايدعى الزوج أو أقل ، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى ، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ماتدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للإثبات ، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لأنهما استويا فى الإثبات ، لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون إحداهما أولى من الأخرى انتهى (وإن لم يكن لهما بينة) أى عجزا عن إقامة البينة (تحالفا عند أبى حنيفة ، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية ، وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه) أى فى النكاح فلا حاجة إلى الفسخ (بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد (على مامر) أى فى كتاب البيوع ، بل فى هذا الباب أيضا حيث قال : ويقال إذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أى البيع ، قال صاحب النهاية : فإن قلت : النص

فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوّجنى بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة . أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الزيادة ، وإنما الإشكال فى قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه مدّع فى الصورة وهى كافية لقبولها كما ذكرنا (وإن أقاما) فلا يخلو : إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولا ، فإن كان الأول (فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة) وإن كان الثانى فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وإن عجزا عنها تحالفا عند أبى حنيفة ، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وإنه لا يخلّ بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه ، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلّ بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح (فينفسخ) البيع . فإن قيل : التحالف مشروع فى البيع والنكاح ليس فى معناه سلمناه ، لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هاهنا

يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكر ، وسيجىء جوابه فى درس الاختلاف فى الإجارة (قال المصنف : معناه إذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول : قال أكمل الدين : وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة

(ولكن يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة

بشرعية التحالف إنما ورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح ، أو نقول : إن التحالف إنما شرع فى عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لايشرع فيه التحالف لعدم حكمه . قلت : أما الأول وهو ورود النص فى البيع فقلنا : إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح أيضا بدلالة النص ، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدّع ومنكر ، ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فى الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما ، فلذلك قوبلت بينتهما ويمينهما لأن كل واحد منهما ينكر مايدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وأما الثانى وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذكور فى الكتاب . وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ فى التحالف لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البدل . والبدل إذا خلا فى البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ . وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية . وإذا لم يفسد النكاح لايفسخ إذ الفسخ إنما كان بسبب الفساد فافترقا ، إلى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية انتهى . وقد اقتفى أثره فى هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : فى كل واحد من الجوابين بحث . أما فى الأول فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج ، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لايدعى على المرأة حينئذ شيئا إذ المعقود عليه سالم له . بقى دعوى المرأة فى زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر فى الاختلاف فى البيع بعد القبض ، والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هى عامة لما قبل القبض وما بعده ، بل كانت مصوّرة فى بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقى السؤال فى هذه الصورة ، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كما مر . وأما فى الثانى فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ فى النكاح ، وهو لايدفع السؤال إذ ليس فيه مايشعر بالنزاع أو التردد فى عدم ثبوت الفسخ فى النكاح ، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ ، فإن لم يثبت الفسخ فى النكاح ينبغى أى لايجرى فيه التحالف أيضا ، ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما إذا اختلفا فى الإقالة فى السلم لعدم احتمال الإقالة فى باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان) أى مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أى مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهد له) أما فى صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل ؛ وأما فى صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها (وإن كان) أى مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أى مما ادعته المرأة (قضى بما ادعت المرأة)

لايفسخ . أجيب بأن موجبه فى البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم إمكان الترجيح ، وهو هاهنا موجود فألحق به ، وإنما لايفسخ النكاح لما ذكر فى الكتاب . وتوضيحه أن الفسخ فى البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك ، لأن له موجبا أصليا يصار إليه عند انعدام التسمية . هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح : أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة)

مهر المثل انتهى . قال الإمام التمرتاشى : وقيل بينتها أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى . ولا يخفى عليك أن إطلاق القدورى يلائم هذا القول ، فقول المصنف و معناه محل كلام .

أو أكثر قضى بما ادعته المرأة . وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه . قال رحمه الله : ذكر التحالف أولا ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لااعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشترى ، وتخريج الرازى بخلافه

لأن الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل مابيناه آنفا (وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) أي بسبب حلف الزوج (ولا الحطّ عنه) أي بسبب حلف المرأة (قال) أي المصنف (ذكر) أي القدوري (التحالف أوّلا ثم التحكيم ، وهذا) أي ماذكره القدوري (قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أي وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه ، أوكان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشترى) أي كما يبدأ بيمين المشترى على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مرّ (وتخريج الرازى بخلافه) أي تخريج أبي بكر الرازى . بخلاف قول الكرخي فإن الرازى يقول بتحكيم مهر المثل أوّلا إذا

أو أكثر قضى بما قالت كذلك . وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل ، لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه (قال المصنف رحمه الله : ذكر التحالف أوّلا ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها) إنما هو (بالتحالف فلهذا يقدم) التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه . أوكان بينهما ، فهي خمسة وجوه . وأما في قول الرازى فلا تحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدا لأحدهما ، وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل مايقوله أو أقل ، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر . قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه . وذكر في بعض الشروح قالوا : إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما . وأقول : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه ، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع . ولقائل أن يقول : مابالهم لايحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما ، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) فإن أول التسليمين عليه (كما في المشترى وتخريج الرازى بخلافه) وهو التحكيم أوّلا ثم التحليف .

(قال المصنف : وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول : لوسقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل ، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول : يعني غاية البيان (قوله وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول : فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الخ) أقول : فيه شيء ظاهر . بل الفارق أن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل ، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن المسمى .

وقد استقصيناه فى النكاح وذكرنا خلاف أبى يوسف فلا نعيده (ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة ، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لأن تملكها لا يكون

شهد مهر المثل لأحدهما ، ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما . قال المصنف (وقد استقصيناه) أى تخريج الرازى (فى النكاح) أى فى كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبى يوسف) وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتى بشىء قليل ، وفى رواية : إلا أن يأتى بشىء مستنكر . وتكلموا فى تفسيره على ما مر بيانه فى كتاب النكاح (فلا نعيده) أى لا نعيد ذكر خلافه هاهنا . قال صاحب النهاية : وهذا أى قول الرازى هو الأصح . لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر . ثم الأصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه : كذا ذكره الإمام قاضيخان والمحبوبى انتهى . وقال صاحب غاية البيان : قالوا : إن قول الكرخى هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية . وإنما تنعدم التسمية بالتحالف لأنه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار إلى مهر المثل ، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذى وافقه مهر المثل انتهى . وقال صاحب العناية: أقول : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية ، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه ، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى . وأنا أقول: إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح ، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ ، لأنهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافى كون غيره أصح ، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى ، فإذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالأصحية والاتصاف بالأصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة . اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام فى المراد لا فى الإرادة فتأمل . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فإنه لا محظور فيه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما ، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى . وأقول : فى جوابه تحكم ، حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين ، والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة ، والحال أنهما إن كانا متفاوتين فى المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة ، إذ قد تقرر فى باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوى بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة . ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا ، بخلاف القيمة إذ يكفى فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى . فالصواب فى الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا : قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن ، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمنا بمطلق العقد . ومهر المثل يمكن إثباته مهرا بمطلق العقد . وهذا هو الفرق بينهما انتهى . وقال صاحب النهاية : إلى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية : ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد (والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعنى أنه يحكم مهر المثل أولا ، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازى ، وأما على تخريج الكرخى فيتحالفان أوّلا كما تقدم كذا فى العناية (إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) أى للمرأة (قيمتها) أى قيمة الجارية (دون عينها لأن تملكها لا يكون

(كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف) وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتى بشىء مستنكر : يعنى فى باب المهر (فلا نعيده ، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعنى أنه يحكم مهر المثل أولا ، فمن يشهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازى . وأما على تخريج الكرخى فيتحالفان أولا كما تقدم ، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون

(قوله فى باب المهر) أقول : متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف .

إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة

إلا بالتراضي ولم يوجد) أي التراضي (فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (معناه اختلفا في البدل) أي الأجرة (أو في المبدل) أي المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل، فإنه لا يجرى التحالف بينهما فيه، بل القول فيه قول من ينكر الزيادة. كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثلاثة الآتية، فكأنه أراد بقوله في البدل أو المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لا منع الجمع فيتناولهما أيضا فتدبر (لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على مامر) أي في أول هذا الباب (والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث أن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لأن وضع مسئلتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هاهنا كما جرى ثمة. فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف. قلنا: في المعدوم يجرى التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة: فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول، فإن تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى. وقد اقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث من وجوه: الأول أن المؤجر وإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعينها وإلا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لاتكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف. والثاني أن ما ذكره هاهنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشترى هناك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن، ويعلل بتعجيل فائدة النكول. والثالث أن قوله فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح، إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسئلة لأن وضعها

إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة. قال (وإن اختلفا في الإجارة الخ) إذا اختلفا في الإجارة في البدل: أي الأجرة أو المبدل، فإما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه، فمن أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة. وإن أقاماها، فإن كان الاختلاف في الأجرة فبينة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة، وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى

(قوله هذا شهرا بعشرين وذاك الخ) أقول: قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستأجر.

(وإن وقع فى المنفعة يبدأ بيمين المؤجر . وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه . وأيهما أقام البينة قبلت . ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف فى الأجرة . وإن كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى . وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة . قال (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا

فى التحالف لا فى حلف الواحد . وإن أراد به أن للمؤجر أيضا إنكارا إلا أن فى إنكار المستأجر مايقتضى البدء بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد . ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع ، ومن شرط القياس أن لايغير حكم النص فى الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية ، وهى ما إذا وقع الاختلاف فى المنفعة فإنه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص ، وأن لايعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ بيمين المشترى من غير فصل بين أن يقع الاختلاف فى البدل وأن يقع فى المبدل على مامر . ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما فى العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما ، وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص فى شىء من الصورتين ولا يتم الجواب (وإن وقع) أى الاختلاف (فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر) لأنه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لأن نكوله بدل أو إقرار على مامر (وأيهما أقام البينة قبلت) لأنه نوّر دعواه بالحجة (ولو أقاماها) أى البينة (فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف فى الأجرة) لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان) أى الاختلاف (فى المنافع فبينة المستأجر) أى فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان فيهما) أى وإن كان الاختلاف فى الأجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أى المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لايقال : كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الأمر . لأنا نقول : العمدة فى هذا الباب بيان أمر التحالف وباقى الأقسام استطرادى ، فقدم الأهم فى هذا المقام ، فكأن صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال إقامة البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) أى بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا

بشهرين بعشرين ، وإن عجزا تحالفا وترادّا فى الأول لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر ، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع فى كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ ، فإن وقع الاختلاف فى الأجرة بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة . فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أوّلا على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده . أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به ، وإن لم تشترط لايمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لايتوقف على قبض الأجرة فبقى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف ، وإن وقع الاختلاف فى المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك ، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا فى الثانى والقول قول المستأجر . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما ، وكذا على أصل محمد ، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضى وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شىء منهما بموجود فى الإجارة . أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لايبقى زمانين . وأما مايقوم مقامه فلأن المنافع لاتتقوم بنفسها

(قوله يقبل الفسخ) أقول : والإجارة بعد الاستيفاء لاتقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول : فهو أسبق إنكارا (قوله فيبدأ به) أقول : مع تعجيل فائدة النكول أيضا (قوله لأن تسليمه لايتوقف الخ) أقول : لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله ، كيف ولو صح ماذكره لم يكن المؤجر فى معنى البائع ، إذ لاينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف .

وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لايمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ؛ ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لاتتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد . وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر) لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها ، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة . وقالا : يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه

وكان القول قول المستأجر ، وهذا) أى عدم التحالف هاهنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ،لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهى عرض والعرض لايبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لايمنع عنده فى المبيع لما أن له) أى للمبيع (قيمة تقوم مقامه)لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أى فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هى الفسخ (فلا قيمة) أى للمعقود عليه (لأن المنافع لاتتقوّم بنفسها بل بالعقد) أى بل تتقوم بالعقد (وتبين أنه لاعقد) أى وتبين بحلفهما أنه لاعقد بينهما لانفساخه من الأصل،فظهر حينئذ أنه لاقيمة للمنفعة ، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذى يقوم مقامه فامتنع التحالف (وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) أى هو الذى استحق عليه ، ومتى وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه ، كذا فى الكافى (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأن العقد) أى عقد الإجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أى العقد (فى كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها) أى على كل جزء من المنفعة فصار ما بقى من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه ، وفيه التحالف . وأما الماضى فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه ، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل) ضرورة (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه ، كذا فى الكافى وغيره (وقالا : يتحالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه)

بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لاعقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه ، وفى الثالث يتحالفان ، وفسخ العقد فيما بقى لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها ، فكان الاختلاف بالنسبة إلى مابقى قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف . وأما الماضى فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق . بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة الخ) إذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة ، وقالا :

(قال المصنف : لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد) أقول : لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء

عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا فى الثمن . ولأبى حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهوسالم للعبد وإنما ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لامقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لاغير فلا يتحالفان . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح

أى على المولى (عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا) أى المتبايعان (فى الثمن . ولأبى حنيفة أن البدل) أى بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لأن الكتابة عقد معاوضة ، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شىء وما ذاك إلا فك الحجر (فى حق اليد والتصرف للحال) اللام فى للحال متعلق بمقابل أى مقابل للحال (وهو) أى فك الحجر فى حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وإنما ينقلب) أى بدل (مقابلا بالعتق عند الأداء) أى عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أى قبل الأداء (لا مقابلة) أى لامقابلة بالعتق وإلا لعتق قبل الأداء وليس كذلك قطعا ، وكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الإجارة أصلا ثم ينتقل منها إلى المنفعة وهى المطلوبة آخرا ، فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف أصلا فى ابتداء العقد. ثم عند الأداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر إلى العتق ، كذا فى النهاية والكفاية (فبقى اختلافا فى قدر البدل لاغير) يعنى إذا كان ما يقابل البدل فى الحال سالما للعبد فقد بقى أمرهما اختلافا فى قدر البدل لاغير (فلا يتحالفان) لأن العبد لايدعى شيئا على المولى . بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه ، وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نوّر دعواه بها . وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة ، إلا أنه إذا أدّى قدرما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير مالو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدّى خمسمائة يعتق ، ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه ، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لاترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل ، كذا ذكره الإمام الزيلعى فى التبيين (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أى مع اليمين ، وكذا فى جانب المرأة ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام قاضيخان والإمام التمرتاشى (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لأن الظاهر شاهد له) وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح

يتحالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع بينهما أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد ، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره ، فكان كالبيع الذى اختلف العاقدان فيه فى الثمن فيتحالفان . ولأبى حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البدل على العبد فى مقابلة فك الحجر فى حق اليد والتصرف فى الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة ، وإنما ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء ، وهذا لأن البدل لا بد له من مبدل وليس فى العبد سوى اليد والرقبة ، فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما فى البيع فإن المشترى يملك رقبة المبيع عند تمامه ، وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء فقبله لامقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لاغير لأن العبد لايدعى شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة ، والقول قول المنكر . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الخ) إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فمايصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل ، لأن الظاهر شاهدله وما يصلح للنساء كالوقاية وهى المعجزة ، وهى ماتشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة ، سميت بذلك لأنها تقى الخمار ، وكالملحفة فهى للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها . قال الإمام التمرتاشى إلا إذا كان الرجل

بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع أنه المناسب لتعليل المسئلة السابقة إذ لايهم مذهب محمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض على مامر فليتأمل (قوله سميت بذلك لأنها تقى الخمار الخ) أقول : يعنى إنما سميت بالوقاية لأنها تقى الخمار (قوله إلا إذا كان الرجل

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد . بخلاف مايختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ،ولا فرق بين ما إذاكان الاختلاف فى حال قيام النكاح أوبعد ماوقعت الفرقة(فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) لأن اليد للحىّ دون الميت . وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة .

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الإمام التمرتاشى : إلا إذا كان الرجل صانعا وله أساور وخواتيم النساء والحلىّ والخلخال وأمثال ذلك ، فحينئذ لايكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ، كذا فى الشروح وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والأمتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج) لأنه قوام عليها والسكنى تضاف إليه (والقول فى الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان فى شىء وهو فى يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يختص بها) أى بالنساء (لأنه يعارضه) أى يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه)وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى ، كذا فى الكافى وغيره . قال صاحب العناية : ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف فى آلات الأساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال : ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى . أقول : فيه كلام ، وهوأن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه ، مع أن الظاهر مما ذكر فى هذا الكتاب؛ وفى سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف فى الترجيح وإن لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة) أى لا فرق بينهما فيما مر من الجواب . ثم إن ماذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) أيهما كان (لأن اليد للحىّ دون الميت) أى لا يد للميت (وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبى حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون مايصلح للرجال فهو للرجل وما

صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلىّ والخلخال وأمثال ذلك ؛ فحينئذ لايكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال (وما يصلح لهماكالآنية) والذهب والفضة والأمتعة والعقار (فهو للرجل لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج . والقول فى الدعاوى لصاحب اليد) بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال . فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال ، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء ، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال . ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف فى آلا ت الأساكفة والعطارين وهى فى أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ماهو بالاستعمال لا بالشبه ، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة ، فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخرفما يصلح لهما فهو للباقى منهما) أيهما كان (لأن اليد للحىّ دون الميت ، وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لاالتفصيل (قول أبى حنيفة) لأن المذكورمن حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون مايصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهوللمرأة بالإجماع فلا اختصاص

صائغا الخ) أقول : قال الزيلعى : إلا إذاكان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى ، بل يكون القول قوله مع يمينه . ثم قال الزيلعى : وكذا إذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لايكون القول قوله فى ذلك انتهى . بل يكون القول قولها مع يمينها (قوله لأن المراد به ماهو بالاستعمال الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنا لم نشاهد الاستعمال فى متاع البيت أيضا بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج وهناك الآلات فى أيديهما على السواء . ثم اعلم أن الضمير فى به فى قوله لأن المراد به

وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجهز به مثلها ، والباقى للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم فى الباقى لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد: ماكان للرجال فهو للرجل، وماكان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبى حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورّث (وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر فى حالة الحياة) لأن يد الحرّ أقوى (وللحىّ بعد الممات).

يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، كذا فى العناية (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجهز به مثلها) وهذا الذى ذكره أبو يوسف فى المشكل ، وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها ، هكذا ذكر فى المبسوط وشروح الجامع الصغير ، وفى لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبى يوسف هذا فيما ذكر قولهما فى حق المشكل ، وكان من حقه أن يقول : وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل. وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة مايجهز به مثلها ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (والباقى) أى من المشكل (للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز) تعليل لقوله يدفع إلى المرأة مايجهز به مثلها (وهذا أقوى) أى هذا الظاهر ، وهو أن المرأة تأتى بالجهاز ظاهر قوى لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهويده (ثم فى الباقى لا معارض لظاهره) أى لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم فى الباقى إلى هنا تعليل لقوله والباقى للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أى عند أبى يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد : ماكان للرجال فهو للرجل ، وماكان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل) أى إن كان حيا (أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبى حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة. وأما بالنسبة إلى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر فى الفوائد : محمد يقول : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فى ماله ؛ فكما أن فى المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته ، وأبو حنيفة يقول : يد الباقى منهما إلى المتاع أسبق ، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث ، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث ، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقى منهما ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وإن كان أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا) أى سواء كان محجورا أومأذونا له أو مكاتبا (فالمتاع للحرّ فى حالة الحياة لأن يد الحرّ أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ، ولهذا قلنا فى الحرّين ، فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهوللمرأة لذلك ، كذا فى العناية (وللحىّ بعد الممات) أى والمتاع للحىّ

له بذلك ، وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقى للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج ، وأما فى الباقى فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد : ماكان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حيا أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبى حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث، وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحرّ فى حال الحياة لأن الحرّ أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا فى الحرّين : فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحىّ) منهما (بعد الممات) حرّا كان أو مملوكا ، هكذا وقع فى عامة نسخ

راجع إلى الاختصاص فى قوله ولم يرجع بالاختصاص.

لأنه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يدا معتبرة فى الخصومات .

(فصل فيمن لايكون خصما)

(وإن قال المدعى عليه هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى)

بعد الممات حرًّا كان الميت أو مملوكا ، هكذا وقع فى عامة نسخ شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة وللحرّ بعد الممات . ثم قال شمس الأئمة : وقع فى بعض النسخ : للحىّ منهما وهو سهو ، كذا فى الشروح . واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحىّ عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أى ماذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبى حنيفة وقالا : العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يدا معتبرة فى الخصومات) ولهذا لواختصم الحرّ والمكاتب فى شىء هو فى أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ، ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه ، فكما لايترجح الحرّ بالحرية فى سائر الخصومات فكذا فى متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه ، والحرّ فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما . كذا فى العناية .

(فصل فيمن لايكون خصما)

لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع فى بيان من لايكون خصما لمناسبة المضادة بينهما ، وقدم الأول لكون ذكره العمدة فى المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة . وأما ذكر الثانى فليتضح به الأول ، إذ الأشياء تتبين بأضدادها . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلنا : نعم ، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلى (وإن قال المدعى عليه هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب أورهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدورى : يعنى إذا ادعى رجل عينا فى يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشىء

شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة : وللحرّ بعد الممات . ثم قال شمس الأئمة : وقع فى بعض النسخ للحىّ منهما وهو سهو ، والمصنف اختار اختيار العامة ، واستدلّ بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحىّ عن المعارض ، وهذا عند أبى حنيفة ،وقالا : العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يدا معتبرة فى الخصومات) ولهذا او اختصم الحرّ والمكاتب فى شىء فى أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ، ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه ، فكما لايترجح الحرّ بالحرية فى سائر الخصومات فكذلك فى متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحرّ فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما .

(فصل فيمن لايكون خصما)

أخر ذكر من لايكون خصما عمن يكون خصما لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلت : نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلى . قال (وإن قال المدعى عليه هذا الشىء أودعنيه الخ) إذا ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول : ينبغى أن يخص بالمشكل وألا ينتقض بما لايصلح للمرأة .

(فصل فيمن لايكون خصما)

(قوله لا من حيث القصد الأصلى) أقول : كما يشهد العنوان .

وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة : لاتندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا : مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق

أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى . قال المصنف (وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى إذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا . وقال فى النهاية : وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندى أوما أشبه ذلك ، كذا فى الذخيرة انتهى (لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة : يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل : فصار كما إذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به ، ثم قال : والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك ، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة : لاتندفع) أى الخصومة وإن أقام البينة على ما قال (لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له : يعنى أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر ، إذ لا ولاية لأحد فى إدخال الشىء فى ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيئان) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أن المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومة فى حقه ، وبناء الثانى على الأول ممنوع لانفكاكه عنه ، وقد أشار إليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أى إلى زوجها (وإقامتها) عطف على الوكيل أى وإقامة المرأة (البينة على الطلاق) يعنى أن مانحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلا بنقل امرأته إليه

أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى . وقال ابن شبرمة : لاتندفع وإن أقامها . وقال ابن أبى ليلى : تندفع بمجرد الإقرار . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة ، وإن كان محتالا فكما قال ابن شبرمة : ثم إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه ، أو رجل مجهول لانعرفه ، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ؛ فى الفصل الأول تقبل شهادتهم ، وفى الثانى لاتقبل بالاتفاق ، والثالث كالثانى عند محمد وكالأول عند أبى حنيفة ، وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى ، وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا . وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شىء فى ملك غيره بغير رضاه ، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر . والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان : ثبوت الملك للغائب ولاخصم فيه فلا يثبت ، ودفع الخصومة عن نفسه وهوخصم فيه ؛ وبناء الثانى على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد

(قوله وقال ابن شبرمة ، إلى قوله ، وقال ابن أبى ليلى) أقول : فى القاموس الشبرمة بالضم : السنورة وما انتثر من الحبل والنزل انتهى . قال العلامة الإتقانى : ابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ، ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة ، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة ، كذا فى كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول : يعنى الإيداع والرهن والغصب والإجارة والإعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول : فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا . نعم ماذكر عن أبى يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه ، نبه عليه فى النهاية وغيره ، فكان الأليق بهذا الشارح أن ينبه أيضا (قوله وبناء الثانى على الأول ممنوع الخ) أقول : فيما إذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أومشريا بالخيار ولا خيار البائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولى أوالمشترى أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول : فى صلاح السند المستندية كلام لايخفى لعدم ممانعته .

كما بيناه من قبل ؛ ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده ؛ فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فلايصدق إلا بالحجة، كما إذا ادعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره .
وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه ، وإن كان معروفا بالحيل لاتندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لايقبله.

فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ، ولاتقبل في وقوع الطلاق مالم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض ، فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب ، وهذا لأن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب ، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لايد خصومة ، ، وفي هذا المدعي خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أي الخصومة (بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعي عليه للغائب بدون إقامة البينة . وجه قوله إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوّه عن التهمة ، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . ووجه الجواب عنه ماذكره المصنف بقوله (لأنه) أي ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب (فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه) فهو متّهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره) بالحوالة فإنه لايصدق هناك فكذا هنا .لايقال: يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأنا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار ، كذا في العناية . واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال : قد سبق في أوّل كتاب الدعوى أن اليد لاتثبت في العقار إلا بالبينة ، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد انتهى . أقول : هذا ليس بشيء ، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع . كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى ، كعدم اعتبار إقرار المريض للوارث ، وعدم اعتبار إقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة ، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالأخ والعم ، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولد أيضا إلى غير ذلك ، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقرّ إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقرّ (وقال أبو يوسف آخرا إن كان الرجل صالحا فالجواب) أي جواب المسئلة (كما قلناه) أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة (وإن كان معروفا بالحيل لاتندفع عنه الخصومة) وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرّا (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لإبطال حق غيره) أي يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة (فإذا اتهمه القاضي به) أي بالاحتيال (لايقبله) أي

الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق مالم يحضر الغائب كما مر . ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لايد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به . ووجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وبإقراره ، يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فهو متّهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة ، كما إذا ادعى تحول الدين

المقدمة الممنوعة . وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل (قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول : فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه ، إلى قوله : ولا معتبر به) أقول : فقوله إثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ .إن أريد إثبات الملك له قصدا فسلم ولا يضرنا ،وإن أريد إثباته ضمنا فلا نسلمه.ثم المراد من الضمني خلاف القصدي ، والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنيا الخ إثبات الملك للغائب

(ولو قال الشهود أودعه رجل لانعرفه لاتندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت لتضرّر به المدعى ،

أى لايقبل ما صنعه . قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه : ماذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما ابتلى بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره ، وما قالاه قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم ، كذا فى غاية البيان . واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة فى يد للمدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشىء أودعنيه ، فإن الإشارة الحسية لاتكون إلا إلى موجود فى الخارج ، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنه إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك ، إلا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل ، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة ، على أن العين كانت فى يده وديعة لايتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة ، كذا فى العناية وكثير من الشروح . ثم إن الذى ذكر فى الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لانعرفه) أى أصلا لاباسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لاتندفع عنه الخصومة) أى بالإجماع ، كذا فى الكافى والشروح ، والظاهر أن مرادهم بالإجماع هاهنا إجماع أئمتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبى ليلى ، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده فى اندفاع الخصومة كما مر . قال المصنف فى تعليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى) حيث لم يعرفوه (ولأنه) أى ذا اليد (ما أحاله) أى ما أحال المدعى (إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت) أى الخصومة (لتضرّر به المدعى) أقول : فى تعليله الثانى قصور . أما من حيث اللفظ فلأنه أضمر فيه المدعى أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعى اتباعه . ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك ، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار فى المقامين . وأما من حيث المعنى فلأنه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الإجماعية ، مع أنه منقوض على قول أبى حنيفة وأبى يوسف بالمسئلة الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر . وكأن الإمام الزيلعى تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال فى تعليل هذه المسئلة فى التبيين : لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن مخاصمته ، ولعل المدعى هو ذلك الرجل ، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى . ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضا لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسئلة فى أن لايعرفه الشهود لا فى أن لايعرفه ذو اليد كما

من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لايصدق إلا بحجة لايقال : يلزم إثبات إقرار نفسه ببينة . وهو غير معهود فى الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لإثبات الإقرار . ووجه قول أبى يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرّا إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضى به لايقبلها . وأما وجه الفصل الأول فلأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها . وأما الفصل الثانى فله وجهان : أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه . والثانى أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعى . وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثانى ، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره ، فصار بمنزلة مالو قال أودعه رجل لانعرفه ، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه قال لرجل : أتعرف فلانا ؟ قال نعم ، فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال لا ، فقال : إذا لاتعرفه » ووجه قول أبى حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود ، والحديث يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم

فحصل المعنى فيكون إثبات الملك للغائب ضمنيا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود فى الشرع) أقول : قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لاتثبت فى العقار إلا بالبينة ، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد .

ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثانى ، وعند أبى حنيفة تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه ، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعى هو الذى أضرّ بنفسه حيث نسى خصمه أو أضرّه شهوده . وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)

لايخفى . وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حالهم إليه ، ويحتمل أن يكون الضمير البارز فى قوله لأنه والضمير فى قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أى الشهود (نعرفه) أى الرجل الذى أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذا الجواب) أى جواب المسئلة (عند محمد للوجه الثانى) وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لانعرفه ، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه قال لرجل: تعرف فلانا ؟ قال نعم، فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال : لا ، فقال إذا لاتعرفه » ومن حلف لايعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لايحنث ، كذا فى الكافى والشروح (وعند أبى حنيفة تندفع لأنه) أى المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره) أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعى (بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لانعرفه أصلا (فلم تكن يده) أى لم تكن يد المدعى عليه فى الفصل الثانى (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أى لاتكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة ، والحديث المارّ يدل على نفى المعرفة التامة ، وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما ، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضرّ بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد . وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسى خصمه ، أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى ، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله (وذكرنا الأقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة ، وقول ابن أبى ليلى ، وقول أبى يوسف ، وقول محمد ، وقول أبى حنيفة رحمهم الله ، وإما لأن فيها خمس صور وهى : الإيداع ، والإعارة ، والإجارة ، والرهن ، والغصب كما ذكروه أيضا (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى : يعنى إن قال المدعى عليه

المدعى تعريفا تاما إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (قوله والمدعى هو الذى أضرّ بنفسه) جواب عن قول محمد : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى . ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من نفسه (حيث نسى خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لايلزمه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه ، وإليه أشار بقوله هذا الشىء أودعنيه ، فإن الإشارة الحسية لاتكون إلا إلى موجود فى الخارج ، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقاما البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل ، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لايتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة . قال (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما ، وإن قال المدعى غصبت هذا العين منى أو سرقته منى وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لاتندفع الخصومة لأنه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذى اليد ، ولعله لايتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة

(قال المصنف : أو أضره به شهوده) أقول : أى شهود المدعى ، فالإضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره) أقول : الضمير فى قوله غيره راجع إلى الملك (قوله ولهذا صحت الدعوى) أقول : أى دعوى الفعل

لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وإن قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لاتندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لابيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لايصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وإن قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب منى على مالم يسم فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لامحالة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر

اشتريت هذا الشىء من الغائب فهو خصم للمدعى (لأنه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وإن قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشىء منى (أو سرقته منى لاتندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة . لأنه) أى لأن ذا اليد (إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لابيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ، ثم إن فعل ذى اليد لايتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لاتصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما ، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل) أى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (وإن قال المدعى سرق منى) أى إن قال المدعى سرق منى هذا الشىء على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه إياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدورى . قال المصنف (وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لأنه) أى المدعى (لم يدع الفعل عليه) أى على ذى اليد (فصار كما إذا قال) أى المدعى (غصب منى على ما لم يسمّ فاعله) يعنى أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقى دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة ، كما لوجهل الغصب وقال غصب منى على مالم يسم فاعله وأقام ذواليد البينة على الوديعة من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا ، كذا فى غاية البيان (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعى الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لايتصور (والظاهر أنه) أى الفاعل (هو الذى فى يده إلا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أى لم يعين الفاعل (درءا للحد شفقة عليه) أى على ذى اليد (وإقامة لحسبة الستر) أى لأجل الستر . قال صاحب العناية : فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى ، إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى ، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين إلى المالك ، فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى . أقول : فى كل واحد من السؤال والجواب نظر . أما فى السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفى ذلك جعله سارقا أن فى ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع ، وإنما هو عند تعيين كونه السارق ، وإن أراد به أن فى ذلك مجرد جعله خصما فى دعوى كون ذلك الشىء مسروقا من المدعى فهو مسلم ، لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ إذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم

أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه ، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لاتصح الدعوى على غير ذى اليد ، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما ، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما . وإن قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب منى على مالم يسم

فصار كما إذا قال سرقت ، بخلاف الغصب لأنه لاحدّ فيه فلا يحترز عن كشفه (وإن قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها ، والله أعلم .

التعيين لشبهة كون السارق غيره ؟ وأما فى الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعى فى مسئلتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال لدرء الحد ، وأن الاحتيال للدرء إنما نشأ من قبل الشرع لامن قبل المدعى ، وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور فى الكتاب كما ترى غير تام فى نفسه ، لأن ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك الغير أودعها عنده ، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود فى الشرع (فصار) أى فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول (كما إذا قال سرقت) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أى بخلاف ما إذا قال غصب منى بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الوديعة بالاتفاق (لأنه لاحدّ فيه) أى فى الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعى معذورا فى التجهيل (ولو قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك) أى فلان الذى قال المدعى ابتعته منه (أسقط الخصومة) أى أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى فى الشىء المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أى وصول العين المدعاة ، وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ، ولكنه يشبه أنه قصد التفنن فى العبارة (إلى يد ذى اليد من جهته) أى من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم) أى المدعى (البينة أن فلانا) أى فلانا المذكور (وكله بقبضه) أى بقبض الشىء المدعى (لأنه) أى المدعى (أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها) أى بإمساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن هاهنا أيضا حيث قال أوّلا بقبضه بالتذكير ، وثانيا بإمساكها بالتأنيث .

فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل البتة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه . فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى ، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك ، فكأن فى جعله سارقا احتيالا للدرء ، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لاحدّ فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإن قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعى البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته أنه أحق بإمساكه .

(قوله أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما الخ) أقول : بأن جعل سارقا ، ثم أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد أن فى ذلك جعله سارقا فى حق توجه الخصومة فمسلم ولا يلزم منه القطع ، وإن أراد أن فيه جعله سارقا فى حق القطع فليس كذلك ، وإنما يلزم ذلك أن لو قال المدعى سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذو اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذى اليد منه والحدود تندرئ بالشبهات فحينئذ لاحاجة إلى ماذكره فى معرض الجواب مع أن فيه مالا يخفى (قوله إن ظهرت سرقته) أقول : أى سرقة العين بإقرار ذى اليد أو غيره (قال المصنف : إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول : فإن قيل : يلزم حينئذ الحكم على الغائب بأنه وكله . قلنا : لامحذور فيه ، فإن مايدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم ، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فراجعه .

(باب مايدعيه الرجلان)

قال (وإذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعى فى قول : تهاترتا ، وفى قول يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة « لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما » ولنا حديث تميم بن طرفة

(باب مايدعيه الرجلان)

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع فى ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أى العين (له وأقاما البينة) أى على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أى نصفين ، وإنما وضع المسئلة فى دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا فى نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفى دعوى الخارجين ، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا . وفى أحد قولى الشافعى : تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا فى يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك . وفى القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفى الملك المطلق ، لأن فى المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجىء إن شاء الله تعالى (وقال الشافعى) أى فى المسئلة التى نحن فيها (فى قول تهاترتا) أى البينتان : أى تساقطتا وبطلتا ، مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطإ فيه ، كذا فى المغرب (وفى قول يقرع بينهما) أى بين المدعين ويقضى لمن خرجت قرعته (لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل) أى فى كل العين (فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أى بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة ، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم ، وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى ، كذا فى النهاية والكفاية (أو يصار إلى القرعة « لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما ») روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائى رواية عن أبى موسى الأشعرى

(باب مايدعيه الرجلان)

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع فى بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين (قال : وإن ادّعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما . وقال الشافعى فى قول : تهاترتا) أى تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطإ فيه (وفى قول : يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة) والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما ، أو يصار إلى القرعة لأنه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه . روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال : اللهم إنك تقضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » ولنا حديث تميم بن طرفة الطائى « أن رجلين تنازعا فى عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وعن أبى الدرداء رضى الله عنه « أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شىء

(باب مايدعيه الرجلان)

« أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين » . وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله ، وإنما ينصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق .

رضى الله تعالى عنه ذكره أبو داود (« أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين ») وعن أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه « أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شىء وأقاما البينة ، فقال : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بنى إسرائيل ، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ، ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » (وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة : يعنى أنه كان فى ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء ، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق . بخلاف قسمة المال المشترك لأن للقاضى هناك ولاية التعيين من غير قرعة . وإنما يقرع تطييبا للقلوب . ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار ، كذا فى الكافى وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أى المجوّز (للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية فى حل هذا المقام : ولا نسلم كذب إحداهما بيقين لأن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود . فإن صحة أداء الشهادة لاتعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لايطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى . أقول : الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعى إن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لامجال لمنع ذلك على ماذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ، ومعنى كذبه عدم مطابقته لأن استحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة ضرورية فكذب إحداهما : أى عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب ، وما ذكره فى معرض السند للمنع لايجدى طائلا فى دفع هذا كما لايخفى . والوجه عندى أن لايكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعى ذلك ، بل أن يكون مراده به القول بالموجب : أى إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم . وتقريره أن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد ، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهى صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه ، لأن صحة الشهادة لاتعتمد تحقق المشهود به فى الواقع ، فإن ذلك غيب لايطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لأن البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) هاهنا (بالتنصيف إذ المحل يقبله) أى يقبل التنصيف (وإنما ينصف لاستوائهما) أى لاستواء المدعيين (فى سبب الاستحقاق)

وأقاما البينة فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بنى إسرائيل ، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين » والجواب عن حديث القرعة أنه كان فى الابتداء وقت إباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار ، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق فى إيجاب الحق لمن خرجت له ، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ، ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود ، فإن صحة أداء الشهادة لاتعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لايطلع عليه العباد ،

(قوله بمنزلة الاستحقاق فى إيجاب الحق) أقول : فى إيجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب إحداهما بيقين) أقول : فيه بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع ، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجلى الواضحات فكيف يمنع ؟ وليس فيما ذكره فى معرض السند مايدفع ذلك كما لايخفى . والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هنا وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة

قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لايقبل الاشتراك . قال (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم توقت البينتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى

وهو الشهادة . فحاصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما . فإنه مما لايطلع عليه العباد ، وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال فى التفريع : فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان . ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب إحداهما بيقين . وأجاب عنه حيث قال : فيه بحث ، فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام إحداهما لنفس الأمر من أجلى الواضحات ، فكيف يمنع وليس فيما ذكره فى معرض السند مايدفع ذلك كما لايخفى ؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هاهنا ، وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ، فالذى لايسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذى يمكن أن يراد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن لايكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لأن كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر ، وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه ، وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودى فى قوله الإسلام حق مع مخالفته لاعتقاده ، وتكذيبه فى قوله الإسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده ، فكيف يحمل الكذب الشرعى على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى الاستدلال أئمتنا فى هذه المسئلة ؟ وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد فى قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى ، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لايتصور بدون التعمد . وأيضا لايندفع ما قاله الشافعى بمنع كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد ، إذ يكفى له كذب إحداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم لايلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع . والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه لايؤثر فى تحقيق معنى المسئلة ، فإنما هو اعتبار لفظى فلا ينبغى أن يترك به القول المعول عليه فى معنى الصدق والكذب . ثم إن قوله وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا إن أراد به أن يلزم اجتماع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع ، وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحد منهما وتكذيب إحداهما لابعينها فسلم ، لكن لانسلم المحذور فيه ، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لامحققا فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن ادعى كل واحد منهما) أى من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لايقبل الاشتراك . قال : ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الإسلام على السغدى أنه لاتترجح إحداهما إلا بإحدى معان ثلاث : إحداها إقرار المرأة ، والثانية كونها فى يد أحدهما ، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا فى الشروح نقلا عن الخلاصة . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (إذا لم توقت البينتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى) لما فيه من زيادة الإثبات ، كذا فى الكافى . قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلى ، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثانى بعده بمدة لاتحتمل انقضاء العدة فيها ، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان

فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما فى سبب الاستحقاق (قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين ، إما أن تكون متعاقبة أو لا ، فإن كان الثانى فلا بينة

وتكذيبها شرعا فالذى لايسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول : يعنى شرعا .

(وإن أقرّت لأحدهما قبل إقامة البينة فهى امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار

بجواز أن الأوّل طلقها فتزوّج بها الثانى . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام فى ذلك ، وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا تقدم الأوّل حكمنا به ، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى . أقول : فى الجواب الأول نظر ، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثانى أولى قطعا ، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثانى بل على منع أولوية الأوّل ، وهذا المنع لايتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا : أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فبما إذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الأول طلقها وانقضت عدّتها فتزوّج بها الثانى ، كما ذكر فى السؤال فلم تثبت الأولوية فى الأول مطلقا . وأما الجواب الثانى فهو وإن كان صحيحا فى نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأول فيما عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور ، فالأحسن هاهنا ماذكره تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق . قلت : لايمكن لأن النكاح الثانى يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للأول بالشك ، ولا يقال : يحمل أمرهما على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر فى الدفع لا فى إبطال حق الغير وهاهنا الحاجة إلى الإبطال انتهى . (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما ، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار) إذ البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة . وذكر فى نكاح المبسوط : ولو تنازع رجلان فى امرأة كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ويقيم البينة ، فإن كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض ، كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن ، والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذى دخل بها

لهما ، فالمرأة إما أن تقرّ لأحدهما أو لا ، فإن أقرّت فهى امرأته لتصادقهما ، وإن لم تقرّ لم يقض لواحد ، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهى امرأته وإن أقرّت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار ، وإن أقاماها ، فإما أن تكون فى بيت أحدهما أو دخل بها أو لا ؟ فإن كان ذلك فهى امرأته ، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده ، إلا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فإنها تقبل ، لأن الصريح أولى من الدلالة ، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهى امرأته ، لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، وإن لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، فأيهما أقرّت له أنه تزوّجها قبل الآخر فهى امرأته ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين . ولقائل أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلىّ لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثانى بعده بمدة لاتحتمل انقضاء العدة فيها ، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها فتزوج بها الثانى . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام فى ذلك ، وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به

(قوله وإن أقاماها الخ) أقول : الأظهر أن يقرر هكذا : وإن أقاماها ، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى ، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما ، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى ، وإن لم يوجد شىء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة ، وإنما قلنا الأظهر ذلك لما لايخفى عليك مافى تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار . قال الإتقانى نقلا من فصول الاستروشنى : وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اهـ . والظاهر أن يقيد قوله وإن أرخ أحدهما بلا يد ولا إقرار وإلا فصاحب اليد والإقرار أولى (قوله فإن كان ذلك فهى امرأته الخ) أقول : ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وإن لم يكن ذلك) أقول : معطوف على قوله فإن كان ذلك ، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فإما أن يكون فى بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وإن لم يذكرا تاريخا) أقول : أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله لجواز أن الأول طلقها الخ .

(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لايحكم بها)لأن القضاء الأول قد صح فلاينقض بما هومثله بل هودونه (إلا أن يوقّت شهود الثانى سابقا) لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين . وكذا إذاكانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لاتقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة

ثابتا حين دخل ، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوّجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق ، وإن لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها ، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده ، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بإقرار الخصم ، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرّت المرأة أنه تزوّجها قبله أو أنه تزوّجها دون الآخر فهى امرأته ، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له كما بينا فى جانب الزوج ، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ، كذا فى النهاية . وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب ، وأنه يظهر منه أن قول القدورى : فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما إذا لم تكن المرأة فى بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها . واعلم أن هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة ، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر ، وإن لم يؤرّخا أو أرّخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد . فرّق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة . والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لاتصلح للشركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة ، فإن جاءت بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوّة لاتتجزأ . كذا فى غاية البيان نقلا عن الفصول ، وفى الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرّد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما إذا ادعيا معا ، ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لايحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لاينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الأولى ، بل دونها لأن الأولى تأكدت بالقضاء ، وهذا لأن فى الظنيات لاينقض المثل بالمثل ولهذا لايهدم الرأى بالرأى ، كذا فى غاية البيان (إلا أن يوقّت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فإنه يقضى حينئذ بما ادعاه الثانى (لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين) حيث ظهر أنه تزوّج منكوحة الغير . أقول : فى قول المصنف بيقين تسامح ، لأن البينات من الظنيات لامن اليقينيات على ما صرحوا به ، ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة بيقين فى تحريره (وكذا إذاكانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لاتقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) قد مرّ بيان هذه المسئلة على الوجه الأتمّ فيما ذكرنا من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لايخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم على التفصيل يجىء بعد هذا فى الكتاب ، كذا فى النهاية وغيرها . ثم إن تمام قول القدورى (وأقاما بينة) أى أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه

فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول ، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لايحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه ، إلا أن يوقّت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين (قوله وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج) مرّ بيانه . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد الخ) عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد . قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازا عما سيأتى بعد هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأقيت .

(فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصاركالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخيركل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال فى شرح المقام : وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت ، فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافى هاهنا حيث قال فى شرح المقام : ولم توقّت واحدة من البينتين وقتا . وأقول : الأولى تعميمه لما لم يوقّتا ولما وقتا ووقّتهما على السواء ، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ماصرح به فى مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ، ولولم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقّتهما على السواء متروكة فى الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها فى الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ، ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المصنف (لأنه تغيّر عليه شرط عقده) وهو رضاه لأنه مارضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة عليه ، كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى . وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال : لأن شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغيّر عليه (فلعل رغبته فى تملك الكل) ولم يحصل (فيردّه ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردّا على صاحب العناية : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا ، وقد تغيّر لأنه مارضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكى ، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل وأيضا لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى . أقول : الذى هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساقط ، أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل فلأن قول المصنف هذا يؤيد ماذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكى صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما قوله وأيضا لاتحاد وصف العقد الخ فلأن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا لأنه شرط نفس العقد ، كما أن الرضا أيضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا فى بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه ، وأن مراد المصنف أنه تغيّر شرط صحة عقده لأنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد . ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محذور فى كون أحد وصفيه شرطا للآخر . وقال صاحب العناية : فإن قيل : كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على

(فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذى شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما فى الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما فى الملك المطلق وأقاما البينة (وإن شاء ترك) لأن شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته فى تملك الكل) ولم يحصل (فيردّه ويأخذ كل الثمن) فإن قيل : كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا فى وقت واحد ، فينبغى أن تبطل البينتان . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما فى وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا فى وقت أطلق له الشهادة به

(قوله لأن شرط العقد الخ) أقول : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير ، لأنه ما رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكى ، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل ، وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له (قوله أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول : فيه بحث ، فإنهما إذا شهدا بكونهما فى وقت واحد فالجواب ذلك أيضا ، وسيجىء من الشارح فى الصحيفة الثانية من الورق الآتى . قال الإتقانى ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام أبى بكر المعروف بخواهر زاده : فإن ادعيا الشراء من واحد والعين فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين ، ثم يخيّر كل واحد منهما ، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وإن شاء ترك . فجواب الشارح لايفى بدفع ما إذا أورد عليه فليتأمل .

(فإن قضى القاضى به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل ولم يفسخ سببه ، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء

عين واحدة كلا فى وقت واحد فينبغى أن تبطل البينتان . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما فى وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سببا فى وقت أطلق له الشهادة به اه . واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال : فيه بحث ، فإنهما إذا شهدا بكونهما فى وقت واحد فالجواب ذلك أيضا ، وسيجىء من الشارح التصريح به فى الورق الآتى . وذكره الإتقانى هاهنا ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام ، فجواب الشارح لايفى بدفع ما إذا أورد عليه انتهى . أقول : مبنى جواب صاحب العناية هاهنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت ، فحينئذ يتم جوابه . فإن مايحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد . وأما دفع السؤال عن مسئلة أخرى غير مذكورة فى الكتاب ففضلة من الكلام هاهنا فلا ضير فى عدم وفاء جوابه بذلك . نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ، ثم إن هاهنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره أيضا صاحب الكافى وعامة الشراح ، وهو أن البيعين يتصور وقوعهما فى وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بأن يبيع عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فإنه يجوز ، وعقد الوكيل كعقد الموكل ، ويضاف عقده إلى الموكل مجازا فثبت أنه لايستحيل ورود البيعين فى زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كلا (فإن قضى القاضى به) أى بالعبد (بينهما) أى بين المدعيين (فقال أحدهما لا أختار) أى لا أختار الأخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه) أى الآخر (صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه) أى فى هذا النصف ، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لايعود إلا بتجديد ولا يوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أى فى النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك) أى بخلاف ما لوقال أحدهما لا أختار الأخذ (قبل تخيير القاضى) أى قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أى لم يفسخ سبب استحقاق الكل فى شىء (والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعنى إنما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له ، فإذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) أى نظير ماقال أحد مدعيى الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضى (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أى تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الأول) أى نظير ماقال أحد مدعيى الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضى لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء)

(فإن قضى القاضى به بينهما نصفين فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لايعود إلا بتجديد ولايوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أى فى النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل والحجة قامت به ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير إلى أن الخيار باق . وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده أنه لاخيار له وهو الظاهر ، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء فى زمان لاينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ، ولو وقتت إحداهما دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع

(قوله وقوله حيث يكون له ، إلى قوله : يشير إلى أن الخيار الخ) أقول : وإلا فكان ينبغى أن يقول حيث يأخذ الجميع ، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقانى .

(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء فى زمان لاينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه فى يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه .

أى تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضى بها لهما حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار . واعلم أنه لم يذكر فى بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحمة إلى هنا ، وذكر فى بعضها ولهذا لم يقع شرحه فى بعض الشروح ، ووقع فى بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده فى بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (لأنه أثبت الشراء فى زمان لاينازعه فيه أحد)فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا(ولو وقتت إحداهما) أى إحدى البينتين (ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلايقضى له بالشك) أقول : فيه شىء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضا . وإنما الشك فى أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس . فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك فى أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا فى أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان فى جانب ، فالوجه ماذكره صاحب الكافى حيث قال : ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك فى ذلك الوقت ، والذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لأن شراءه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات مالم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقا فكان أولى انتهى (وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (ومعناه) أى ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه فى يده) أى القبض ثابت فى يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو فى الحال فى يد البائع ، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعاينة ، كذا فى النهاية وغيرها.
أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضا فى مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما ، وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف فى البين وهو قوله ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يعد فى شىء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسئلة مستقلة . وقد قال المصنف فى صدر المسئلة معناه من صاحب اليد ، فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما إذا كان المدعى فى يد البائع . وقال هاهنا : ومعناه أنه فى يده : أى فى يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعى فى يد المشترى فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتأمل فى التوجيه (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة .
قال صاحب العناية : وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد ، فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى. أقول : قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح ، لكن لايخفى على ذى فطرة سليمة أن ماجرت عليه عادة المصنف فى أسلوب تحريره من إيجاز الكلام

احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ولولم يذكرا تاريخا لكنه فى يد أحدهما فهو أولى (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ، والثانية أن « ما » مع البعد بعدية

ولأنهما استويا فى الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك . وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا .

وتنقيح المرام ما يأبى أن يكون مراده ذلك ، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه ، إذ يحصل به ماهو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن ، فعندى أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه إياه سابقا ، إذ لوكان شراء غير القابض إياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه ، فإنه يصير حينئذ ملكا لغير القابض ، والإنسان لايتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه ، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه ، وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلاكلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب إن شاء الله تعالى (ولأنهما استويا فى الإثبات) أى ولأن القابض وغير القابض استويا فى إثبات الشراء بالبينة ، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض فى العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده فى العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) . لايقال : بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فينبغى أن ترجح بينة غير القابض . لأنا نقول : بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذى اليد إذا ادعيا ملكا مطلقا . أما إذا ادّعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى هاهنا . وقد صرحوا به فى مواضع منها ما مرّ فى أوائل باب اليمين . قال صاحب العناية : وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أوّلا ، فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى ، وهاهنا ليس كذلك انتهى . وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ، وزاد فى البيان حيث قال : فأما هاهنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك ، بل هو ثابت بتصادقهما عليه ، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، وهو أن الذى يثبت لكل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين ، وكون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما مسلم ، وأما فيما إذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع ، ألا يرى أن الدليل الذى ذكروا لإثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ، وهو أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا ، فإن قدر ما أثبتته اليد لاتثبته بينة ذى اليد دليل مطلق الملك انتهى . إنما يجرى فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما لا فيما إذا أثبتاه لخارج آخر كما لايخفى فتأمل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أى لو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية : بل عامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه . أقول : يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمتين كما مر ، وذلك التحقيق لايجرى فيما إذا ذكر الآخر

زمانية فهو بعد . فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال ، وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولأنهما استويا فى الإثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لاتكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدّعيين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أوّلا . فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى وهاهنا ليس كذلك (وكذا إذا ذكر الآخر) يعنى بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى ، لأن بذكر الوقت لايزول احتمال سبق ذى اليد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على

(قوله وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول : إذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لايكون) أقول : إذا كان المشهود به الشراء المتأخر (قوله يحتاج إلى إثبات الملك) أقول : أى الملك المطلق (قوله وهاهنا ليس كذلك) أقول : لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه الخ) أقول : لابد من التأمل أنه هل يتمشى هنا تحقيقه المبنى على المقدمتين ، بل الظاهر أنه

إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة . قال (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ؛

وقتا لأنه لما ثبت شراء الآخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات ، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تتصوّر فيما إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى ، ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذى هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية . وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقا على قبضه فى الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر ؛ إلا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذى ذكره الآخر، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك مثل ماذكره المصنف فيما إذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لأحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه هناك ؛ ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول، إذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى .وهذا هو الثمرة التى أشرنا إليها فيما مرّ آنفا (إلا أن يشهدوا) أى شهود الخارج (أن شراءه) أى شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لأن الصريح يفوق الدلالة) يعنى أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده ، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ، ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أى معنى ما قاله القدورى ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد ، وإنما قيد به احترازا عما إذا كان ذلك من اثنين ، فإن المدعيين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد، ثم إن تمام لفظ القدورى (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم إذا أرّخا وتاريخهما على السواء كما ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام (لأن الشراء أقوى) أى من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرّع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى ، لأن البينات تترجح بكثرة الإثبات (ولأنه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لأن الشراء أقوى : أى ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شىء (والملك فى الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن مايثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير ، فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة ، يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتى لاستوائهما فى القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى . قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى . أقول : الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لأن الشراء أقوى ، فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة ، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافى هاهنا ، لكن لا يخفى على ذى مسكة أن قول صاحب العناية بعيد . هذا: وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى انتهى . ظاهر الدلالة على أن يكون

سبق شرائه (إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد) فإنه تنقض بها اليد (لأن الصريح يفوق الدلالة ، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأنه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه

إشارة إلى قوله لاتنقض اليد الثابتة بالشك ، إلا أن قوله لأن الصريح الخ يؤيد الأول (قوله ولأن الشراء ، إلى قوله : ثابتين معا الخ) أقول : بل يثبت الشراء مع القبض، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على مامر آنفا ، فلا يثبت مطلوبه الذى هو سبق ملك مدعى الشراء . هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم . يشهد لذلك قوله فى دليل المسئلة

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما فى وجه التبرع ، ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم فى الحال ، وهذا فيما لايحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ، وعند البعض لايصح لأنه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح .

قول المصنف ولأنه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه (فيما قبل ، فبين كلاميه تدافع لايخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أى كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره فى المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعنى إذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أى نصفين ، كذا فى الكافى وغيره (لاستوائهما فى وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوى فإن الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة ، أجاب بقوله (ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل) أى يظهر أثره فى ثانى الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل (والترجيح بمعنى قائم فى الحال) أى الترجيح إنما يقع بمعنى قائم فى الحال لابمعنى يرجع إلى المآل . وأجيب أيضا بأن امتناع الرجوع فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ، ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أى القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لايحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح ، وكذا فيما يحتمله) أى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لأن الشيوع طارئ) يعنى أن كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ، إلا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وذا لايمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لايصح) ولا يقضى لهما بشىء (لأنه تنفيذ الهبة فى الشائع) فصار كإقامة البينتين على الارتهان . قيل هذا قول أبى حنيفة . أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين ، والأصح أنه

والهبة لاتثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض ، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ماذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى (وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ، ويقضى به بينهما لاستوائهما فى وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوى فإن الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة . أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم . وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع إلى المآل : أى بما يظهر أثره فى ثانى الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المآل لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم فى الحال (وهذا) أى الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لايحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لأن كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لايمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لايصح) ولا يقضى لهما بشىء (لأنه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبى حنيفة ، أما عند أبى يوسف ومحمد فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين . والأصح أنه لايصح فى قولهم جميعا ، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضى له بالعقد

الآتية لاستوائهما فى القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لايخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول : لكان ملك مدعى الشراء سابقا (قوله وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول : والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء ، فكذا جواب المسئلة لهذين الدليلين بعينهما (قوله ترجيح بما يرجع إلى المآل) أقول : لاترجيح بما يرجع إلى المآل ، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم فى الحال (قوله إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل) أقول : فإن قيل : ظهور الأثر فى ثانى الحال إنما هو لقوة العقد فى الحال فيثبت المطلوب . قلنا : لانسلم بل لحصول الأجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل .

قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبى يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء ، إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

لايصح فى قولهم جميعا ، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ؛ وإنما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها ، كذا فى العناية وغيرها (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا ادعى أحدهما الشراء) أى شراء شىء كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته أنه) أى ذلك الرجل (تزوجها عليه) أى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أى لاستواء الشراء والنكاح (فى القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء ، أما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده . وعن هذا قال صاحب العناية فى تقرير مسئلة الكتاب : إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى . وفى التبيين للإمام الزيلعى : ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء ، وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبى يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أى وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعنى أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها (إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لايجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء . أقول : هاهنا إشكال ظاهر ، وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيما إذا لم يؤرخا . وأما إذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لايخفى . والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد . ودليله المذكور فى الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى ، وقد تمحل بعضهم فى دفعه فقال : ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلا : كان العقد فى أول الظهر من

الذى شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها . قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما فى القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ، وللمرأة على زوجها نصف القيمة ، ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه ، وهذا عند أبى يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ، لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة . وذكر فى الأسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى

(قوله وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة) أقول : أريد بالهبة مايعم الصدقة على سبيل عموم المجاز (قوله فإن قدمنا النكاح الخ) أقول : كيف يقدم إذا أرخا وتاريخهما على السواء ؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره . ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذا لم نرشاهدين يشهدان على وقت مضيق لايسع فيه عقدين اثنين ، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور فى الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر فى الأسرار ، إلى قوله : لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لايندفع بهذا ماذكره محمد ، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين

(وإذا ادّعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان ، وفى القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لايثبته . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لايثبته إلا عند الهلاك معنى لاصورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

اليوم الفلانى ، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لايسع فيه عقدان انتهى . فتأمل . قال صاحب العناية : وذكر فى الأسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين ، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق تملك العين انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، إذ لايندفع بهذا ماذكره محمد ، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سوّينا هما انتهى . أقول : هذا البحث ساقط لأنه لايثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لاصورة ولا معنى ، إذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لابحسب اللغة ولا بحسب العرف . ولئن سلم ذلك فلأبى يوسف أن يقول : المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة ، إذ لولاه لاكتفى فى الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء فى حق ذلك (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره : قال المصنف (وهذا استحسان ، وفى القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وجه القياس قوله (لأنها) أى لأن الهبة (تثبت الملك) أى ملك العين (والرهن لايثبته) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهى أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا : إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أى المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أى من عقد التبرع ، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين ، والهبة لاتثبت إلا بدلا واحدا فكانت أكثر إثباتا فكانت أولى ، كذا فى الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعنى لاترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لأنه بيع انتهاء) أى لأن الهبة بيع انتهاء ، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لأنه) أى البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لايثبته إلا عند الهلاك معنى لاصورة هكذا الهبة بشرط العوض) أى فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء . فإن قلت : الترجيح بمعنى قائم فى الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة . قلت : نعم هى معاوضة انتهاء ، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد فى الابتداء عادة فتكون معارضة ابتداء نظرا إلى المقصود ، بخلاف اللزوم فى الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما فى الحال ، لا نظرا إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا فى شرح تاج الشريعة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأنه) أى لأن صاحب التاريخ الأقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

كما إذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق ملك العين (وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفى القياس : الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لايثبته) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهى أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ، ولا ترد الهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن ، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لايثبته إلا عند الهلاك معنى لاصورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أوّل المالكين) وكل من هو كذلك لايتلقى الملك إلا من جهته ، والفرض أن الآخر لم يتلق منه ، وهذا قول

فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سويناها .

ولم يتلق الآخرمنه . قال (ولو ادّعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد

ولم يتلق الآخر منه) أى والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف آخرا ، وبه قال محمد أوّلا ، وأما على قول محمد آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لاعبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات ، وعلى قول أبى يوسف يقضى للذى أرّخ ، وعلى قول محمد يقضى للذى لم يؤرخ لأنه يدعى أولية الملك ، كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة ، وسيأتى تمام بيانه فى الكتاب إن شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أى معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد . قال صاحب النهاية : ليس فى تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة ، فإن فى هذا الحكم المترتب عليه وفى سائر الأحكام لايتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا لأنه ذكر فى الذخيرة : دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ، فإن أرّخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرّخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا فى الدعوى والحجة ، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى ، لأنه أثبت شراءه فى وقت لاينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ، ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك . وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلا لنقض ماهو ثابت ، لأنا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لاغير . وأما إذا قضينا للذى لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ماثبت الأمران

أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وقول محمد أولا . ثم قال محمد : يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرّخ أحدهما دون الآخر ففى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لاعبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات . وعلى قول أبى يوسف يقضى لمن أرّخ ، وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرّخ لأنه يدعى أولية الملك ، وسيأتيك تمام بيانه إن شاء الله تعالى (ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاماها ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما ، وإن أرّخا تاريخين متفاوتين فالأول أولى لما بينا) أنه أثبته فى وقت لامنازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا . قيل لاتفاوت فيما ذكرفى الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين ، وإنما التفاوت بينهما إذا أقتت إحداهما دون الأخرى على ماسيذكر بعيد هذا . وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة ، فإنه لاتفاوت فى سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره ، فإنه ذكر فى الذخيرة : دار فى يد رجل

(قال المصنف : ولوادعيا الشراء إلى قوله : فالأول أولى) أقول : قال العلامة الكاكى تبعا لصاحب النهاية : وفى هذا الحكم لايتفاوت أن يكون بائعهما واحدا أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أولى ، وإنما يتفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقتت إحدى البينتين ولم تؤقت الأخرى على ماذكر بعد هذا بقوله : بخلاف ما إذا كان البائع واحدا انتهى . قال العلامة النسفى فى الكافى : وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخا يقضى لأسبقهما تاريخا اتفاقا ، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لايعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى . وهكذا فى الكفاية وشرح الكنز للزيلعى . ثم قال فى الكفاية : الأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحدا ، وفيما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا فى الكتاب ، يشير إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ . وفى المبسوط مايدل على أن أسبق التاريخين أولى فى ذلك أيضا انتهى . فظهر أن ما فى النهاية ومعراج الدراية مبنى على رواية ، وما فى الكافى والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى ، وهو مختار صاحب الهداية أيضا على مايشير إليه كلامه ، إلا أن فى الدليل الذى ذكروه على عدم اعتبار السبق فى ذلك بحثا ، فإن بينة مدعى الأسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا ، وإذا أثبت أحد مدعيى الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل . فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر ، بل الظاهر خلافه حيث يتضمن إثبات تاريخ ملك المدعين إثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول : فائدته دفع توهم التكرار فى كلام القدورى .

وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى) لما بينا أنه أثبته فى وقت لامنازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء

بالبينة ، وإذا ادعى الخارجان تلقى الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه ، فإن لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما ، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى . وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية فى مؤاخذة المصنف هاهنا بالوجه المذكور . وقال صاحب الكفاية : قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كى لايلزم التكرار ، لأنه قال أولا : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ، ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا ، فيثبت بذلك أنه لافرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره فى هذا الحكم انتهى . أقول : الحق ما قاله صاحب الكفاية . وتوضيحه أن الإمام القدورى لما ذكر هذا الحكم فى مختصره مرتين إحداهما هاهنا والأخرى فى أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك : ولوذكر كل واحد منهما تاريخا فهوللأوّل منهما فهم التكرار من كلامه فى الظاهر فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعيا من صاحب اليد ، وقوله الثانى إلى ما إذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلاغبار فيه أصلا . والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مرّ معناه من صاحب اليد ، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لايخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم على التفصيل يجىء بعد هذا فى الكتاب انتهى ، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هاهنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد ، إذ لايجىء فى الكتاب مسئلة إن ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا ، وبأن فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد هاهنا أيضا الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تتمة ما سبق : أى لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالأول أولى) أى فصاحب التاريخ الأوّل أولى (لما بينا) أى فى مسئلة إن ادعيا الشراء من صاحب اليد (أنه أثبته) أى أن صاحب التاريخ الأوّل أثبت الشراء (فى وقت لامنازع له فيه) أى فى ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : أى ذكرا تاريخا واحدا ، وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه فى وقت لاينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده ، كذا فى المبسوط انتهى . وقد سلك صاحب العناية مسلكهما فى شرح المقام حيث قال : وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى . وقال صاحب الكفاية أخذا من الكافى : أى سواء كان تاريخهما واحدا أوكان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا

ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا وآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء

(قوله ورتب عليه الأحكام) أقول : إلى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير (قال المصنف : وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) أقول : قال الزيلعى : يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أولم يكن انتهى . قال الإتقانى : أى تاريخا واحدا ، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبى حنيفة ، وهو قول أبى يوسف آخرا ، وهو قول محمد فى رواية أبى حفص ، وعلى قول أبى يوسف الأول يقضى بينهما انتهى . ولا يخفى التدافع بين الكلامين ، فقيل فى دفعه إن الكلام مبنى على روايتين ، فما فى غاية البيان مبنى على رواية ماذكره الزيلعى ، والذى يشير إليه كلام الهداية مبنى على رواية أخرى فليتدبر ، وأنت خبير بأن المفهوم من دليل

لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لايدل على تقدم الملك

وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما ، فكذا فيمن تلقى الملك منهما ، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له ، وإنما يختلفان فى التلقى منه وأسبقهما تاريخا ، أثبت التلقى لنفسه فى زمان لاينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقى منه والآخر لايدعى التلقى منه انتهى . وقد سلك الإمام الزيلعى هذا المسلك فى شرح هذا المقام من الكنز . أقول : السر فى اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره فى حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به فى معتبرات الفتاوى حيث قال فى فتاوى قاضيخان : وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى بينهما ، وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى فى ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه لايعتبر التاريخ ،وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى . وقال فى البدائع : أما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين ، وإن كان وقتهما واحدا فكذلك ، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكذا عند محمد فى رواية الأصول ، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده . وعن محمد فى الإملاء : أنه سوى بين الميراث وبين الشراء ، وقال : لاعبرة بالتاريخ فى الشراء أيضا إلا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى . وذكر فى الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا فى غيرها . ثم أقول : الذى يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية ، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم ، فحمل مسئلة الكتاب على مالاينافيه أولى كما لايخفى . قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا) أى فيصير كأن البائعين حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أى من أن كل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك (ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) يعنى إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت إحدى البينتين دون الأخرى قضى بينهما نصفين (لأن توقيت إحداهما لايدل على تقدم الملك) أى على تقدم ملك بائعه : يعنى أن كل واحد من المدعيين هاهنا خصم عن بائعه فى إثبات الملك له ، وتوقيت إحداهما لايدل على تقدم

لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا) وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك (ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لايدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به)لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينابيده الملك حكمنا به ، فكذا إذا أثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره . ولقائل أن يقول : حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته ، وأما الباقى فمشترك بين المسئلتين ، وذلك لامدخل له فى الفرق لجواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره ، والجواب أن لذلك مدخلا

صاحب الهداية خلاف ذلك (قوله لأن توقيت إحداهما لايدل على تقدم الملك) أقول : أى ملك بائعه ، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لبائعهما ، وتوقيت إحداهما فى الملك المطلق لايفيد الأولوية لما سبق آنفا وسيجىء أيضا (قوله لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا) أقول : بل الحق تتميمه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكما ، إلا إذا تبين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله : ولقائل أن يقول الخ فليتأمل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول : يعنى فى المسئلتين

لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره .

ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أى لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم فى الملك (بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما) أى المدعيين (اتفقا) فى هذه الصورة (على أن الملك لايتلقى) أى لايؤخذ (إلا من جهته) أى من جهة البائع الواحد : فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع (فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية : لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الكلام فى توقيت إحدى البينتين لافى إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة الموقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام ، وإنما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ، ولكن الآخر مشترك فى هذا اللازم لثبوت شرائه أيضا بالبينة . نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن . والثانى يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن ، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه ، إلا أن هذا الفرق لايجدى نفعا ، إذ الظاهر أنا لانحكم فى هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر . فالوجه فى تعليل كلام المصنف هاهنا أن يقال : لأن الشراء أمر حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات مالم يتبين وقته على ماهو القاعدة المقررة عندهم ، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخرعن شراء الموقت حكما ، وقد أشير إلى هذا الوجه هاهنا إجمالا فى غاية البيان وشرح تاج الشريعة ، ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافى فتذكر . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته . وأما الباقى فمشترك بين المسئلتين ، وذلك لا مدخل له فى الفرق لجواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره . والجواب أن لذلك مدخلا فى الفرق لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا ، وفى ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، أما أولا فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل فى وقت واحد . وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافى وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب إحدى البينتين . وأما ثانيا فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك فى ملك غير الموقت يستلزم الشك فى ملك الموقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك فى ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك فى ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لامدخل له فى ترجيح الملك لأحدهما ، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر ، فإذا

فى الفرق ، لأن البائع إن كان واحدا كان التعاقب ضروريا ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر ، وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا ، وفى ذلك

(قوله لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول : فيه بحث ، لجواز أن يبيع وكيلاه لشخصين فى زمان واحد كما أشار إليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك إن تأخر) أقول : أى إن تأخر الملك والمراد سببه أعنى الشراء ففيه نوع من الاستخدام (قوله وإن تقدم ملك) أقول : لكن لم يملك المؤقت لأنه لم يتلقف الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول : فيه تأمل ، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يقعا معا) أقول : فيه بحث ، إذ لايتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة فى زمان

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق . قال (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرّخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لاتقبل بينة ذى اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء .

كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به أصلا . وأما ثالثا فلأن قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول ، لأن التعارض متى تضاعف لايزيد شيئا على التساوى والتساقط ، فما يصلح للترجيح فى مرتبة من التعارض ينبغى أن يصلح له فى سائر المراتب منه ، ولعمرى إن صاحب العناية قد تصنع فى حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ، ولكن ما أتى بشىء يعتد به كما عرفت ، وإن فيما ذكرناه من الوجه فى تعليل كلام المصنف هاهنا لمندوحة عن جميع ماذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البينة (قضى بينهم أرباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا ، وقال فى تعليلها (لأنهم يتلقون الملك من باعتهم) وفى بعض النسخ من بائعهم ، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكيهم . وفى بعض النسخ : من ملقيهم ، استدلالا بلفظ يتلقون كذا فى النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أى المملكين (حضروا وأقاموا البينة) على الملك المطلق لأنفسهم ، وثمة يقضى بينهم أرباعا فكذا هاهنا (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) أى كان صاحب اليد أولى . قال المصنف (وهذا) أى هذا الحكم (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أى عن محمد (أنه لاتقبل بينة ذى اليد رجع إليه) يعنى أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه . وفى المبسوط ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول ، وهو أن بينة ذى اليد إذا كانت أقدم تاريخا من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة ، وقال : لا أقبل من ذى اليد بينة على تاريخ ولا غيره إلا للنتاج وما فى معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتاج ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . قال المصنف فى تعليل ذلك (لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء : هذا يحتاج إلى البيان . أقول : فى البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك : أى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم فى نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب

تعارض أيضا ، فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعا ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم . قال (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ) وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لاتقبل بينة ذى اليد رجع إليه محمد . روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذى اليد إذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال : لا أقبل من ذى اليد بينة على تاريخ وغيره إلا للنتاج ، لأن النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرّضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ، بخلاف ما إذا قامتا بالتاريخ على الشراء وإحداهما أسبق من

واحد حتى يتصور وقوع البيعين معا ، وجوابه أنا لم ندع صحة البيعين معا كما إذا وقعا على التعاقب فلا يضره ماذكرت (قوله لأن البينتين قامتا علىمطلق الملك) أقول : تعليل لقوله وعنه أنه لاتقبل بينة ذى اليد الخ ، وقوله عنه يعنى عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول : يحتاج إلى البيان .

ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون إلا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة ، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما والمعنى ما بينا ، ولو أقام الخارج وذواليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما فى دعوى الشراء إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى . ولهما أن بينة ذى اليد إنما تقبل

ملك الآخر ، بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء وإحداهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشترين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق فى الملك (ولهما) أى ولأبى حنيفة وأبى يوسف (أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون إلا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعى عند إقامة البينة ، ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بينة ذى اليد بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح إلا بعد إثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا فى النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) أى لو كانت الدار فى أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وفى قول محمد : لايعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما ، كذا فى النهاية نقلا عن الإيضاح (والمعنى مابيناه) وهو ماذكره من الدليل فى الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أى من غير ذكر سبب (ووقتت إحداهما) أى إحدى البينتين (دون الأخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة : صاحب الوقت أولى) إنما قيد بالتوقيت لأن الخارج وذا اليد إذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لاتقبل بينة ذى اليد عند علمائنا كلهم ، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا فى دعوى الملك المطلق بين الخارج وذى اليد عند ذكر التاريخ ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (لأنه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف : أى لأن صاحب الوقت أقدم (وصار كما فى دعوى الشراء) أى وصار الجواب فى هذه المسئلة كالجواب فى دعوى الشراء (إذا أرّخت إحداهما) أى إذا أرّخت إحدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا ، والجواب أن الشراء معنى حادث ، فإذا لم يؤرّخ حكم بوقوعه فى الحال وكان المقدم أولى منه ، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه فى الحال ، كذا فى غاية البيان (ولهما) أى ولأبى حنيفة ومحمد (أن بينة ذى اليد إنما تقبل

الأخرى ، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحدا أو اثنين (ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون إلا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعى عند إقامة البينة . ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بينته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح إلا بعد إثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) كان صاحب الوقت الأول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وفى قول محمد لامعتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل فى الجانبين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم ، وصار كما فى دعوى الشراء إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذى اليد إنما تقبل إذا

(قوله إنما تقبل إذا

لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار فى أيديهما ولو كانت فى يد ثالث ،

لتضمنه) أى لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته) أى من جهة ذى اليد لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم . قال صاحب العناية : قيل الاستدلال بقوله إن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لايستقيم لمحمد ؛ لأنه لايقول بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لايعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقانى فى غاية البيان فراجعه انتهى . أقول : هذا الاعتراض ليس بشىء ، إذ ليس مراد المجيب أن قول محمد فى مسئلتنا هذه : أعنى أولوية الخارج فيما إذا وقتت إحداهما دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى ينافيه نص العلامة الإتقانى على أنه قوله الآخر ، بل مراده أن قول المصنف إن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلتنا هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الأول فى المسئلة الأولى فلا يلزمه المسئلة الأولى على قوله الثانى هناك . وتوضيح المقام أن لمحمد فى مسئلتنا هذه قولين : قوله الأول أنه يقضى للذى لم يوقت ، وهذا مبنى على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه أبو حنيفة . ووجهه أن غير الموقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك . وقوله الآخر أن الخارج أولى ، وهذا مبنى على أنه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتا على ماهو المعروف من مذهبنا وهو فى قوله الآخر فى هذه المسئلة مع أبى حنيفة ، كما أنه فى قوله الأول فى المسئلة الأولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ماذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام . فإذا عرفت هذا فنقول : لو أريد الاستدلال على قول محمد الثانى فى هذه المسئلة مع رعاية قوله الثانى فى المسئلة الأولى لم يحتج إلى ذكر المقدمة القائلة إن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، بل كفى أن يقال : إن بينة ذى اليد لاتقبل عنده أصلا فى غير النتاج وما فى معناه لما مر له من الدليل فى المسألة الأولى ، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبى حنيفة ومحمد فى دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبى حنيفة وقول محمد الآخر فى هذه المسئلة مما يجمعهما مراعيا قول أبى حنيفة وقول محمد الأول فى المسئلة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة ، وهذا هو المراد بالجواب الذى ذكره صاحب العناية ، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه . وقال ذلك البعض . ويجوز أن تكون النكتة لأبى حنيفة . ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لهما من قبيل ـ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ـ اه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه فى مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (إذا كانت الدار فى أيديهما) وأقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة أحدهما دون بينة الآخر : يعنى لاعبرة للتاريخ عندهما ، والدار للمؤرخ عند أبى يوسف (ولو كانت فى يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة فى يد ثالث

تضمنت معنى) الدفع لما مر (ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقى من جهته ، وهاهنا وقع الشك فى ذلك لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافا لأبى يوسف . قيل : الاستدلال بقوله إن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لايستقيم لمحمد ، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (فى يد ثالث

تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول : آنفا (قوله وإلا لزمه المسئلة الأولى) أقول : ويجوز أن تكون النكتة لأبى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لهما من قبيل ـ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ـ (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لايعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقانى فى غاية البيان فراجعه .

والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقت أولى . وقال محمد : الذى أطلق أولى لأنه ادّعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض . ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين . والإطلاق يحتمل غير الأوّلية . والترجيح بالتيقن ؛ كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ . قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى)

(والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) أى فالخارجان سواء : يعنى يقضى بينهما نصفين (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقّت أولى . وقال محمد : الذى أطلق) أى لم يوقّت (أولى لأنه) أى الإطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالأولاد والأكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض ، فإن من أقام بينة على مطلق الملك فى جارية مثلا واستحقها وزوائدها يرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان مدعيا للملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن) يعنى أن العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أى ادعياه من بائع واحد وأرّخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أى اعتبار التاريخ : يعنى أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذى أرّخ سابقا على تاريخ صاحبه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه ، فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين ، كذا فى شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) أى بدون أن يذكر التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء (لأنه) أى الشراء (أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لامحالة . أقول : الآن حصحص الحق من المصنف فإنه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مرّ بما هو فى سمت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك ، واخترت ما ذكره صاحب الكافى هناك ، موافقا لما ذكره المصنف فى خاتمة الكلام هاهنا فتذكر (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده ،

والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقت أولى . وقال محمد : الذى أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكا للأصل ، وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن . ولأبى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لأن الذى لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث أن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث أن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ ، وإذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا فى السبق واللحوق فيجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لايمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار (قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبى يوسف ، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ، ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ . قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بينة بالنتاج فذو اليد أولى) وهو

(قال المصنف وقال محمد الخ) أقول : هذا قوله الأول الذى يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ماذكره الإتقانى فتأمل أنت ، وقال الإتقانى : وأما على قوله الآخر يجب أن يقضى بينهما نصفين . ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى ، فأبوحنيفة إنما يعتبر السبق من حيث النص ، ومحمد على قوله الأول يعتبر السبق المعنوى أيضا فليتأمل (قوله فكان ملكا للأصل) أقول : الظاهر أن

لأن البينة قامت على مالا تدل عليه فاستويا ، وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له

وهذا جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فالخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبى ليلى . ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وذو اليد ببينته لايثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا ، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما فى دعوى الملك المطلق ، كذا فى النهاية وكثير من الشروح . ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن البينة) أى بينة ذى اليد (قامت على مالا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) أى لذى اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده . أما قبله فظاهر . وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لأن بينته فى نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لايتكرر ، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا ، كذا قرر فى العناية واكتفى به . أقول : يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لايدفع ما ذكروا من وجه القياس ، لأن تساوى البينتين من جهة دلالة كل وجه منهما على أولية الملك بالنتاج لاينافى أن تكون بينة الخارج أكثر إثباتا للاستحقاق من بينة ذى اليد من جهة إثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وعدم إثبات بينة ذى اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا على ماصرح به فى وجه القياس ، فينبغى أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات . وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا فى تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا : وأما قوله إن بينة الخارج أكثر استحقاقا . قلنا : نعم كذلك ، إلا أن فى بينة ذى اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لايحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرّخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذى اليد وإن كانت فى بينة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد انتهى . أقول : ويرد عليه أن كون بينة ذى اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لايحتمل التمليك من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها النتاج الذى لايتكرر ، وهذا المعنى بعينه موجود فى بينة الخارج أيضا لأن كلامنا فيما إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب هاهنا وفيما إذا لم يذكرا تاريخا ، فإن ما إذا ذكرا تاريخا مسئلة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجىء فى آخر هذا الباب ، فإذا لامعنى لسبق التاريخ فى بينة ذى اليد فى مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذى ذكراه هاهنا . واعلم أن وجه الاستحسان الذى لايحوم حوله شائبة إشكال هاهنا ماروى أبوحنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه وأن رجلا ادعى ناقة فى يدى رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد

استحسان . وفى القياس الخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبى ليلى لأن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج ، واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وذواليد لايثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا . ووجه الاستحسان أن بينة ذى اليد قامت على مالا تدل عليه اليد وهو الأولية بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أوبعده ، أما قبله فظاهر ، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لأن بينته فى نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لايتكرر ، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا . واعلم أن بينة ذى اليد إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن ، وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده

يقال فكان ملكا من الأصل (قوله لايثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ). أقول : فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفضيل . ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله ووجه الاستحسان الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لايظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فليتأمل (قوله لأن بينته فى نفس الأمر دافعة الخ) أقول : فإن قيل : ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذى اليد بينة على إيداع الغائب عنده حتى قضى القاضى به للمدعى ثم وجد ذو اليد بينة على الإيداع لاتسمع والقضاء للمدعى ماض والدليل الذى ذكره جار فيه . قلنا : ما أمكن ينبغى أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى ، وفى مسئلة الإيداع ذلك

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاتر البينتان ويترك فى يده لاعلى طريق القضاء ،

البينة أنها ناقته نتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده ، ثم اعلم أنه ذكر فى الشروح أخذا من الذخيرة أن بينة ذى اليد على النتاج إنما ترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك . وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد بينته تثبت ماهو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر إثباتا فهى أولى انتهى . ولكن قال عماد الدين فى فصوله بعد نقل ما فى الشروح عن دعوى الذخيرة : وذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج من المبسوط مايخالف المذكور فى الذخيرة فقال : دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لصاحب اليد لأنه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الإعارة أو الإجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الإعارة والإجارة والرهن فيقضى لذى اليد ، وهذا خلاف ماذكر فى الذخيرة انتهى (وهذا) أى ماذكر من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاتر البينتان ويترك فى يده) أى يترك المتنازع فيه فى يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لاعلى طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك . وجه قوله إن القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لايتصور نتاج دابة من دابتين ، وفى مثل هذا تهاتر البينتان كما فى مسئلة كوفة ومكة على مامر فى أول هذا الباب . وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر فى الخارجين : أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولوكان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد ، وكذلك قال : لوكانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ، ولوكان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما ما فى يده . والجواب عن قوله إن القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة ، وهذا لأن الشهادة على النتاج لايلزم فيها معاينة الانفصال من الأم ، بل يكفى رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين فى شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لاتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لايتصور أن يكون مملوكا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ، ولكن لما وجد القاضى لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين ، كذا هاهنا . وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لأن القاضى لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق ، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق فى يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة ، لأن الشخص الواحد فى يوم واحد لايكون فى مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك ، أما هاهنا فبخلافه . ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر فى حق

من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر إثباتا فهى أولى (قوله وهذا) أى ماذكرنا من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاتر البينتان ويترك فى يد ذى اليد لاعلى طريق القضاء) لأن القاضى يتيقن كذب أحد الفريقين لأن نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة . ووجه صحة ذلك أن محمدا ذكر فى خارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولوكان الطريق ماقاله لكان يترك فى يد ذى اليد . والجواب عن قوله القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين ، لأن كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر

فإن الغالب إذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف مانحن فيه (قوله كمسئلة كوفة الخ) أقول : يعنى فى الشهادة (قوله ليست بمعاينة للانفصال) أقول : يعنى لا يلزم فيها معاينة للانفصال .

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج فى يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ،

تحليف ذى اليد وعدمه ، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأن البينتين لما تهاترتا صار كأن البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذى اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج ، وعند العامة لايحلف ، كذا فى المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أى ولو أخذ كل واحد من الخارج وذى اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البينة على النتاج عنده) أى وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة إقامتها على النتاج فى يد نفسه) فيقضى به لذى اليد لأن كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه ، فكأن المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) أى خارجا كان صاحب النتاج أو ذا اليد (لأن بينته) أى لأن بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أى فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى من جهته) أى من جهة صاحب النتاج ، والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين) بأن ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أى للثالث (إلا أن يعيدها) أى البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لايقضى بثبوته فى حق آخر . فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديما لبينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج وإن لم يعد قضى بها للثالث . قال فى البدائع : فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة ، والقضاء بالملك على شخص واحد لايكون قضاء على غيره ، وإن كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الأولية وأنه لايحتمل التكرار كالعتق . وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ؛ ألا يرى أن العبد لايقدر على إبطاله حتى لايجوز استرقاق الحر برضاه ، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله ، وإذا كان حق الله تعالى فالناس فى إثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده ، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت فى إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة ، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لاينتصب خصما عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ماعرف ولم يوجد شىء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون

فى التحليف ؛ فعند العامة لايحلف ذو اليد للخارج ، وعنده يستحلف (ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذى اليد (الملك من رجل) فكان هناك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على النتاج فى يد نفسه) فيقضى به لذى اليد كأن البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقى للآخر إلا من جهته (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لايقتضى ثبوته فى حق آخر ، فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له

وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص . قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لاتنسج إلا مرة) كغزل القطن

عنه خصم حاضر ، وهذا لايجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البينة على النتاج تقبل أى تقبل بينته (وينقض القضاء) أى وينقض القضاء الأول . صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الأول ، كذا فى النهاية والكفاية (لأنه بمنزلة النص) أى لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة النص فى الدلالة على الأولية قطعا ، فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص ، والقضاء ينقض هناك ، كذا هنا ، وهذا استحسان . وفى القياس : لاتقبل بينته لأنه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل ، إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه ، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيه شىء . وهو أن فى ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التى نحن بصددها ، فإن عبارة المسئلة هكذا : وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء ، وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء ، فإنكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا . فالأولى فى الجواب أن يقال : إن كونه مقضيا عليه لايضر بقبول بينته ، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا فى نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضى ، فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء بالظاهر فى خلافه نص . قال الشراح : فإن قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه ؛ فإن ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لاينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد . قلنا : إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها ، وهذه البينة ماكانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذى اليد ، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى . أقول : لايتوجه السؤال رأسا لأن كلامنا فى أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء ، وترجيح ابن أبى ليلى بينة الخارج فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير مانحن فيه . وأما ترجيحه بينة الخارج فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت . وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط ، وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذى أخذ به ابن أبى ليلى لايساعد ذلك جدا كما لايخفى على المتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذلك النسج) أى النسج كالنتاج فى أنه لايتكرر ، وكل حكم عرفته فى النتاج فهو فى النسج كذلك . وصورة المسئلة : إذا ادعى رجل ثوبا فى يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه فى ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد ، كذا فى النهاية (فى الثياب التى لاتنسج إلا مرة واحدة كغزل القطن) هذا احتراز عن الثياب التى تنسج مرة بعد أخرى كالخز . وفى المبسوط : النسج فى الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو

بها تقديما لبينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج ، وإن لم يعد قضى بها للثالث (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) فى دلالته على الأولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع عن خلاف النص ، وهذا استحسان ، وفى القياس لاتقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك . وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه . فإن قيل : القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه ، فإن ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد . أجيب بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها ، وهذه البينة ماكانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد ، فإذا أقاما ماتدفع به انتقض القضاء الأول . قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لاتنسج إلا مرة الخ)

(وكذلك كل سبب فى الملك لايتكرر) لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجزّ الصوف ، وإن كان يتكرّر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

مما لايتكرر كالنتاج فى الدابة ، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخزّ ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب فى الملك لايتكرر لأنه فى معنى النتاج) قد تقدم أن القياس فى دعوى النتاج ما ذهب إليه ابن أبى ليلى من أن بينة الخارج أولى ، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذى اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة ، وهى حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان فى معناه من كل وجه ، وكل مالا يتكرر من أسباب الملك فهو فى معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أى واتخاذ اللبد (والمرعزى) أى وجزّ المرعزى إذا شددت الزاى قصرت وإذا خففت مددت ، والميم والعين مكسورتان.وقد يقال : مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز ، كذا فى المغرب (وجزّ الصوف) فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته . أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه ، أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه فى ملكه ، أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزّها من عنزه ، أو ادعى صوفا أنه ملكه جزّه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى بذلك لذى اليد فى هذه الصور كلها ، لأن أسباب الملك فيها لاتكون إلا مرة واحدة فكانت فى معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (وإن كان يتكرّر) أى وإن كان سبب الملك يتكرر (قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه ، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذى لاينسج إلا مرة إذا صار لذى اليد بنسجه لايتصوّر أن يصير للخارج بنسجه فكانَ فى معنى دعوى النتاج انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . أما أوّلا فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر . وأما ثانيا فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى . أقول : كلا بحثيه ساقط جدا . أما الأول فلأنه لايقضى هاهنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذى اليد حيث كان المدعى للخارج ، بل إنما يقضى هاهنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر

قد تقدم أن القياس ماذهب إليه ابن أبى ليلى أن بينة الخارج أولى فى النتاج من بينة ذى اليد ، وما ذهبا إليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضى الله عنه و أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده » فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان فى معناه من كل وجه ، فما لايتكرّر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى النتاج ، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها ، وكما إذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لايتكرّر نسجه ، أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته ، أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه ، أو لبدا بأنه صنعه ، أو مرعزى وهى كالصوف تحت شعر العنز ، أو صوفا مجزوزا بأنه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة ، فإنه يقضى بذلك لذى اليد لأنه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص ، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج ، فالخزّ وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزّا ، قيل هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج ، فإذا ادعى ثوبا أنه ملكه من خزه ، أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله ، أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه ، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به

(قال المصنف : وإن كان يتكرر الخ) أقول : فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق (قال المصنف : بمنزلة الملك المطلق) أقول : قال فى النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى . وفيه بحث . أما أولا فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر ، وأما ثانيا فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك .

وهومثل الخزّ والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب ،فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإنْ أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج ،

إثباتا كما فى الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو للخارج ، بخلاف ماسيجيء بعد أسطرحيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج ، فيتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ، وحيث لم يثبت الملك لذى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر ، وسيتضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى . وأما الثانى فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك ، بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر فى معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لايدل السبب الذى يتكررعلى أولية الملك كالنتاج ، بل يحتمل أن يثبت به الملك أوّلا وثانيا كالملك المطلق ، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر إثباتا من بينة ذى اليد كما تحقق فى مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا ، ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان . واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكررقضى به للخارج حيث قال فيه : إن الشراء سبب يتكرّر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق . أقول : إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به فى عامة المعتبرات ، وذكره الشارح الإتقانى فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك . وأما إذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذى اليد أولى كما مر فى الكتاب . فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذى اليد هناك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقى الملك من جهته كما صرحوا به ، فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن فى معنى الملك المطلق ، بخلاف مانحن فيه ، ولعل فى كلام المصنف إيماء إلى ذلك حيث قال : وكذلك كل سبب فى الملك لايتكرر ، ثم قال : وإن كان يتكررقضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمى ما يتكرر وما لايتكرر فى سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أى السبب المتكرر فى الملك (مثل الخزّ) أى مثل نسج الخز : وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزّا ، كذا فى المغرب . قيل : هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب ، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خزه ، أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه ، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج فى هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست فى معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه ، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى ، وأما الغرس فكذلك ، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية ، فإذا لم تكن فى معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فإن أشكل) أى فإن أشكل شىء لايتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى أهل الخبرة) أى يسأل القاضى أهل العلم عن ذلك : يعنى العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم (لأنهم أعرف به) قال الله تعالى ـ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون ـ الواحد منهم يكفى والاثنان أحوط ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فإن أشكل عليهم) أى فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أى بالمشكل (للخارج لأن القضاء ببينته) أى ببينة الخارج (هو الأصل) لأنه القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) أى والعدول عن الأصل كان بخبر النتاج : أى بحديث النتاج ، وهو حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فى وجه الاستحسان

للخارج لأنها ليست فى معنى النتاج لتكررها ، أما الخز فلما نقلناه ، وأما فى الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى ، وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحبوب ثم تزرع ثانية ، وإذا لم يكن فى معناه لايلحق به (فإن أشكل) شىء لايتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى) العدول من (أهل الخبرة) ويبنى الحكم عليه. قال الله تعالى ـ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون ـ (فإن أشكل) على أهل الخبرة قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول كان بخبر النتاج)

فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لأن الأول إن كان يدّعى أولية الملك فهذا تلقّى منه ، وفى هذا لاتنافى فصار كما إذ أقرّ بالملك له ثم ادّعى الشراء منه . قال (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولاتاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار فى يد ذى اليد) قال : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على مامر ،

(فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) الذى هو القياس (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أى من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى ، لأن الأول) أى الخارج (إن كان يدعى أولية الملك وفى بعض النسخ : إن كان يثبت أولية الملك (فهذا) أى فصاحب اليد (تلقى منه) أى تلقى الملك من ذلك الخارج (وفى هذا لاتنافى) كما لايخفى (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقر بالملك له) أى كما إذا أقرّ صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أى صاحب اليد (الشراء منه) أى من الخارج . قال صاحب النهاية : ذكر فى الفصول : والحاصل أن الخارج مع ذى اليد إذا ادعيا ملكا مطلقا ففى كل الصور الخارج أولى ، إلا إذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج أو أرّخا وتاريخ صاحب اليد أسبق ، وفى هذه الصورة التى ذكرها فى الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضا ، وهى فيما إذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعى ، إن كان المدعى أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ، فحصل من هذا أن بينة ذى اليد تترجح على بينة الخارج فى هذه الصور الثلاث التى ذكرناها انتهى . أقول : لامساس لهذه الصورة التى ذكرت فى الكتاب بما ذكر فى الفصول ، لأنه فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ملكا مطلقا على ماهو مدلول صريح قول صاحب الفصول . والحاصل أن الخارج مع ذى اليد إذا ادعيا ملكا مطلقا الخ ، وما ذكر فى الكتاب فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة إلى الصورتين المذكورتين فى الفصول بطريق الاستثناء ، وجعل ماتترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج صورا ثلاثا كما فعله صاحب النهاية مما لاحاصل له ، لأنه إن أراد أن مايترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لايخفى ، وإن أراد أن مايترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق أوغيره هذه الصور الثلاث فليس بتام ، لأن مايترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر فى هذه الصور الثلاث بل متحقق فى غيرها أيضا ، كما إذا ادّعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ماسبق فى الكتاب (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام كل واحد منهما) أى من الخارج وذى اليد (البينة على الشراء من الآخر) أى أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذى اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار فى يد ذى اليد) بغير قضاء (قال) أى المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبينتين وتكون) أى وتكون الدار (للخارج لأن العمل بهما) أى بالبينتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أى ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لأن القبض دلالة السبق) أى لأن قبض ذى اليد دليل سبقه فى الشراء (كما مر) إشارة إلى قوله وإن لم يذكرا تاريخا ومع

كما روينا (وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال : وإذا أقام الخارج البينة على الملك الخ) وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى ، لأن الخارج إن كان يدعى أولية الملك فذو اليد تلقى منه ، ولا تنافى فى هذا فصار كما لو أقرّ ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه (قال : وإن أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذى اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار فى يد ذى اليد) قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما ، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ،

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول : يعنى ولم يقبض الخارج .

ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لايجوز وإن كان فى العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع ، كذا هاهنا . ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لايفيده . ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب . وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع ،

أحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الأمر) أى لايجعل كأن الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعها إياه (لأن البيع قبل القبض لايجوز) يعنى أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لايجوز (وإن كان) أى وإن كان البيع (فى العقار عنده) أى عند محمد رحمه الله (ولهما) أى ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (أن الإقدام على الشراء إقرار منه) أى من المشترى (بالملك للبائع فصار) أى فصار أمر هذه المسئلة (كأنهما) أى البينتين (قامتا على الإقرارين) أى على الإقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر بالإجماع فكذا هنا) أى فيما نحن فيه (ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) ، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبينتين ممكن : يعنى أن السبب لايراد لنفسه وإنما يراد لحكمه ، فإذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وهاهنا لايمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق) أى للخارج ، لأنا إذا قضينا ببينة ذى اليد فإنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة هاهنا مفيدا لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لايفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين . أقول : لمطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح ، بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البينتين استوتا فى الإثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا هاهنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك ، فتأمل فى الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا) أى إذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشىء من العقدين عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى ، ثم إن هذا أى القصاص إذا كان المقبوض هالكا وإن كان قائما وجب رده ، كذا فى الكافى . فإن قلت : تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك فى حق النقد لأنه فى ضمنه . قلت : أمكن أن لاتقبل البينة فى حق شىء وتقبل فى حق شىء آخر ، كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لاتقبل فى حق الطلاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة (وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أى لوجوب الثمن عند محمد فإن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا) أى البينتان (بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج ، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالملك

و لا يعكس) أى لايجعل كأن الخارج اشتراها من ذى اليد أولا ثم باعه إياه . (لأن) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لايجوز وإن كان فى العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشترى بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين ، وفيه التهاتر بالإجماع كذا هاهنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعنى أن السبب إذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) هاهنا (لايمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق) للخارج لأنا إذا قضينا ببينة ذى اليد إنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد . ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا الثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج ،

(قوله لحكمه وهو الملك) أقول : قوله هو راجع إلى الحكم .

لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول ، وإن وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز فى العقار عندهما . وعند محمد يقضى للخارج لأنه لايصح له بيعه قبل القبض فبقى على ملكه ، وإن أثبتا قبضا

لصاحبه ، وفى مثل هذا الإقرار تهاتر الشهود فكذلك هاهنا . وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا، فإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لأن الجمع غير ممكن عند محمد) أى لأن العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته ، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما ، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ماعرف ، وهاهنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين فى يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الأول) أى بخلاف ما إذا لم يذكر القبض فى شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق ، إذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر ، هذا زبدة مافى جملة الشروح فى حل هذا المقام . أقول : لقائل أن يقول : لم لايجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر فى صدر هذا الباب . وأيضا قلنا : إذا ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن ، وإن شاء ترك . وقد مرت هذه المسئلة أيضا فى هذا الباب ، وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة فى هذا الحكم : أعنى التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا . ولا يخفى أن ما ذكروا هاهنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر. وفى الكافى : وما ذكره فى الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع ، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير. وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد ، لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدين والقبض فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وإن وقتت البينتان فى العقار) وقتين ، قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) أى ولم تثبت البينتان قبضا ، وفى بعض النسخ : ولم تبينا قبضا (ووقت الخارج أسبق) أى والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهوجائز فى العقار عندهما ، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لايصح بيعه) أى بيع العقار (قبل القبض عنده فبقى على ملكه) أى فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج (وإن أثبتا قبضا) أى وإن أثبتت

فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه ، وفى مثل هذا الإقرار تهاتر الشهود فكذلك هاهنا ، وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا ، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، وهو معنى قوله (لأن الجمع غير ممكن) لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن (وإن وقتت البينتان فى العقار) وقتين ، فإما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذى اليد ، وكل منهما على وجهين : إما أن يشهدوا بالقبض أولا ، فإن كان وقت الخارج أسبق (فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذى اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز فى العقار عندهما . وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقى على ملكه ، وإن شهدوا بالقبض

يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال (وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد . والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ماعرف . قال (وإذا كانت دار فى يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما

البينتان قبضا وباقى المسئلة على حاله . وفى بعض النسخ : وإن بينتا قبضا (يقضى لصاحب اليد) أى بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ماقبضه (لأن البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقى المسئلة على حاله (يقضى للخارج فى الوجهين) أى سواء أثبتت البينتان القبض أو لم تثبتاه (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم)أى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض (أو سلم) أى سلم ذو اليد إلى الخارج (ثم وصل إليه)أى إلى ذى اليد (بسبب آخر) من إجارة أو إعارة أو غيرهما . وهذا باعتبار إثبات القبض ، فقد جمع المصنف الوجهين فى تقريره هذا كما ترى . فإن قلت : بقى من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا فى الكتاب : إحداهما أن توقت البينتان وقتا واحدا ، وثانيتهما أن توقت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى فما حكمهما ؟ قلت : حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم توقتا أصلا نص عليه فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)أى الاثنان والأربعة من الشهود سواء (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها إلى حد النصاب الكامل (كما فى حالة الانفراد) فى غير الشهادة فى الزنا (والترجيح لايقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أى فى العلة ؛ ألا يرى أن الخبر لايترجح بخبر آخر والآية لاتترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ماعرف) أى فى علم أصول الفقه ، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولاتترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هى مثلها ، وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لأن يكون بعضها صفة للبعض ، إلى هذا أشار فى التقويم ، كذا فى النهاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة اعتبارا لطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما

يقضى بها لصاحب اليد) بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعد ماقبضها ، وذلك صحيح على القولين جميعا (وإن كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين) جميعا ، يعنى سواء شهدوا بالقبض أولم يشهدوا ، أما إذا شهدوا به فلا إشكال ، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه ، والمصنف جمع الوجهين فى قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم ، وهذا باعتبار عدم إثبات القبض ، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض . قال (وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء ، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد ، والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألاترى أن الخبر الواحد لايترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه . والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) فى أصول الفقه ، والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ، ولا تترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هى مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل . قال (وإذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هى بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة . والأصل

(قوله أما إذا شهدوا به فلا إشكال) أقول : فيه بحث .

فى النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا : هى بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا .

فى النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة ، كذا فى الكافى (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هى) أى الدار (بينهما) أى بين المدعيين (أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أى يأخذ بحسب كل حقه سهمين . وفى المغرب : وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث : أى يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أى وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح : وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أى فتقسم الدار بين المدعيين أثلاثا ثلثاها لمدعى الجميع وثلثها لمدعى النصف . واعلم أن أصل أبى حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو مايتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه . كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه ، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه ، والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه ، والموصى له بأكثر من الثلث . وأصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان فى العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان فى العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولى إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولى آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ، أو باعا فعلى هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق ، فمما اتفقوا على العول فيه العول فى التركة ، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شىء ، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق فى العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة ، ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولى ، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع . ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه ، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهى تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين فى الكتاب ، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين فى العين ، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه ، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر فى الكتاب . ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء فى التركة ، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان فى الذمة لا فى العين ، ومع ذلك كانت القسمة عولية ،

فى ذلك أن عند أبى حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو مايتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب : أى يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث . وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان فى العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان فى العين فالقسمة على طريق المنازعة ، كالفضولى إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولى آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا ، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق . ومما اتفقوا على العول فيه العول فى التركة . أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شىء ، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق فى العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة . ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولى ؛ أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصل أبى حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهى تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة ، فيقول مدعى النصف : لا دعوى له فى النصف الآخر فانفرد به

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لايحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها فى الزيادات . قال (ولو كانت فى أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لاعلى وجه القضاء) لأنه خارج فى النصف فيقضى ببينته ، والنصف الذى فى يديه صاحبه لايدعيه لأن مدعاه النصف وهو فى يده سالم له ،ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده .

كذا فى المبسوط . قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أى للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما فى هذه المسئلة ، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما فى هذه المسئلة (لايحتملها) أى النظائر والأضداد (هذا المختصر) يعنى الهداية (وقد ذكرناها فى الزيادات)فن نظائرها : الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة ، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا ادّانه أحد المولين مائة درهم وأجنبى مائة درهم ثم بيع بمائة درهم ، فالقسمة بين المولى المدين والأجنبى عند أبى حنيفة بطريق العول أثلاثا ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعا ، وكذا المدبر إذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما ، كذا فى الكافى والشروح ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو كانت فى أيديهما) أى ولو كانت الدار فى أيدى المدعيين والمسئلة بحالها(سلم لصاحب الجميع) أى لمدعى الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذى كان بيد الآخر (ونصفها لاعلى وجه القضاء) وهو الذى كان بيد نفسه (لأنه خارج فى النصف) أى لأن صاحب الجميع وهو مدعى الجميع خارج فى النصف الذى كان فى يد مدعى النصف(فيقضى ببينته) أى فيقضى ببينة صاحب الجميع فى حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقى دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذى فى يديه) أى فى يدى صاحب الجميع (صاحبه لايدعيه) أى صاحب صاحب الجميع : أى خصمه وهو مدعى النصف لايدعى ذلك النصف (لأن مدعاه) أى مدعى صاحبه وهو مدعى النصف (النصف وهو فى يده سالم له) توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما فى يده لتكون يده يدا محقة فى حقه ، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب ، فمدعى النصف لايدعى شيئا مما فى يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو فى يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة ، كذا فى الكافى (ولو لم ينصرف إليه دعواه) أى ولو لم ينصرف دعوى مدعى النصف إلى النصف الذى فى يده (كان ظالما بإمساكه) أى كان مدعى النصف ظالما بإمساك مافى يده ، وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده) أى وإذا لم يدع مدعى

صاحب الجميع والنصف الآخركل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة ، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعى النصف الربع ، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين فى العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه ، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول ، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان ، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعى النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثا . ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لاتحتملها المختصرات . قال المصنف (وقد ذكرناها فى الزيادات) فمن نظائرها : الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا ادانه أحد المولين مائة درهم وأجنبى مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبى عند أبى حنيفة بطريق العول أثلاثا ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعا ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج . قال (ولو كانت الدار فى أيديهما الخ) الأصل فى هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما فى يده لئلا يكون فى إمساكه ظالما حملا لأمور المسلمين على الصحة ، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد، فإذا كانت الدار فى أيديهما فمدعى النصف لايدعى على الآخر شيئا ومدعى الكل يدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البينة ، فإن أقامها فله

قال (وإذا تنازعا فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا ،

النصف النصف الذى فى يدى مدعى الجميع ، ولاقضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف فى يدى مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لاعلى وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه . قال صاحب العناية : الأصل فى هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما فى يده كى لايكون فى إمساكه ظالما حملا لأمور المسلمين على الصحة ، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد انتهى . أقول : فيه نظر ، وهو أن انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعيين إلى ما فى يده غير معقول لأنه إن جعل الذى فى يده الكل لايبقى للمقدمة القائلة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد محل فى هذه المسئلة . ولا يصح قول المصنف لأنه خارج فى النصف ولا قول صاحب العناية فى أثناء الشرح ومدعى الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف ، وإن جعل الذى فى يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما فى يده لأنه يدعى الكل وهو ليس فى يده ، وأيضا لايتم قوله كى لايكون فى إمساكه ظالما بالنسبة إليه لأن الإنسان لايكون ظالما بإمساك حقه وإن كان فى يد غيره ، ومدعى الكل يدعى أن جميع ما فى أيديهما حقه ، فالحق أن الذى ينصرف دعواه إلى ما فى يده إنما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور فى الكافى وغيره ، وقد مرّ بنا فى أثناء شرح كلام المصنف (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا تنازعا) أى تنازع اثنان (فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أى الذى يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لأن الحال يشهد له) يعنى أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه . واعلم أنه لافرق فى هذا بين أن تكون الدابة فى أيديهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث ، لأن المعنى لايختلف ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد إن كانت فى يد أحدهما أو لهما إن كانت فى أيديهما أو يد ثالث ، كذا ذكره الإمام الزيلعى فى شرح الكنز (وإن أشكل ذلك) أى سن الدابة (كانت بينهما) أى كانت الدابة بينهما نصفين (لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب فى الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما فى النتاج ووقتت البينتان وقتين ، فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق فى بينته وعلامة الكذب فى بينة ذى اليد ، وإن كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد إما لظهور علامة الصدق فى بينته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة ، كذا فى المبسوط ، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين . وذكر فى الذخيرة : فى ذلك تهاتر

جميع الدار نصفها على وجه القضاء ، وهو الذى كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد ، وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لاعلى وجه القضاء وهو الذى كان بيده لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده (قال : وإذا تنازعا فى دابة الخ) إذا تنازع اثنان فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح ، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما ، هذا إذا كانا خارجين ، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذى اليد ، إما لظهور علامة الصدق فى شهوده ، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال، وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة المشايخ : تهاتر البينتان وتترك الدابة فى يد ذى اليد

وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين فيترك فى يد من كانت فى يده .

البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة فى يد صاحب اليد ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وإن خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح : أى فى دعوى الخارجين . أقول : لم يظهر لى فائدة هذا التقييد كما سأبين (بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فتترك) أى الدابة (فى يد من كانت فى يده) والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث : أعنى ما إذا كانت الدابة فى يد ثالث ، وما إذا كانت فى أيديهما ، وما إذا كانت فى يد أحدهما ، إذ لا فارق بينهن فى الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة فى التقييد المار . وفى المبسوط : من مشايخنا من قال : تبطل البينتان ، والأصح ما قاله محمد من الجواب ، وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين : يعنى فيما إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيما إذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إذا كان على غير الوقتين ، لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفى هذا الموضع فى اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى فى يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق ، كذا ذكر فى أكثر الشروح . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين : وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء ، لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين ، فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات الاستحقاق للمدعيين على ذى اليد فلا قادح لما فى المبسوط ، ويرشد إلى هذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال : وإن خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت ، كذا ذكره فى ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت . وذكر الحاكم فى مختصره أن فى رواية أبى الليث تهاترت البينتان . قال : وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان .

(قوله وإن خالف سن الدابة الوقتين) يعنى فى الخارجين (بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم) لأنه ظهر كذب الفريقين ، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا ، فتترك الدابة فى يد من هى فى يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة . قال فى المبسوط : الأصح ما قاله محمد من الجواب ، وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين : يعنى فيما إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيما إذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفى هذا الموضع فى اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا ، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى فى يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق . وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين ، وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك ، فكأنهما لم يقيما البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول : فى غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه .

قال (وإذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما فى الاستحقاق .

(فصل فى التنازع بالأيدى)

قال (وإذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك (وكذلك إذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب أولى)

والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا ، انتهى كلامه ، فتأمل ترشد (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (وإذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لأن المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء ، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين .

(فصل فى التنازع بالأيدى)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى بيان وقوعه بظاهر اليد فى هذا الفصل لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا تنازعا) أى تنازع اثنان (فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه) أى تصرف الراكب (أظهر ، فإنه) أى الركوب (يختص بالملك) يعنى غالبا . قال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز : بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة ، وبينة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه . وأما التعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى (وكذا إذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب) أى فى السرج (أولى) لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون فى السرج وغيرهم يكون رديفا ، كذا فى الكافى وغيره . واعلم أن ما ذكر فى الكتاب من أن كون الراكب فى السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفى فى الأجناس

غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب . (وإذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء) لأن المودع لما جحد صار غاصبا ، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين .

(فصل فى التنازع بالأيدى)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد (قال : وإذا تنازعا فى دابة الخ) إذا تنازع اثنان فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعنى غالبا (وكذا إذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب فى السرج أولى) لما ذكرنا ونقل الناطفى هذه الرواية من النوادر ، وأما فى ظاهر الرواية فهى بينهما نصفان ،

(فصل فى التنازع بالأيدى)

(قوله لأن الركوب يختص بالملك الخ) أقول : قال العلامة الزيلعى : بخلاف ما إذا أقاما البينة انتهى . يعنى المتعلق باللجام أو الكم . ثم قال الزيلعى : حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقا وبينة الخارج أكثر إثباتا . وأما التعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان فى يده ، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى .

بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما فى التصرف (وكذا إذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لأنه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لاعلى طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا .

عن نوادر المعلى . وأما فى ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان ، كذا فى غاية البيان والعناية (بخلاف ما إذا كانا راكبين) يعنى فى السرج (حيث تكون) أى الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما فى التصرف) أما إذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها . قال مشايخنا : ينبغى أن يقضى للذى هو ممسك بلجامها لأنه لايتعلق باللجام غالبا إلا المالك ، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره ، كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا إذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا إذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا ، كذا فى الشروح (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لوكانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما ، كذا فى الشروح . قال المصنف (معناه لاعلى طريق القضاء) أى معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لاعلى طريق القضاء ، وعلل المسئلة بقوله (لأن القعود ليس بيد عليه) أى على البساط حتى لايصير غاصبا به (فاستويا) أى فاستويا المتنازعان فيه فيجعل فى أيديهما لعدم المنازع لهما . هذا وقال صاحب النهاية فى حل هذا المقام : لأن اليد على البساط لاتثبت إلا بإحدى الطريقين ، إما بإثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل ، وإما بكونه فى يده حكما بأن كان فى بيته ولم يوجد شىء من ذلك فى البساط فإنا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس فى يد غيرهما ولا فى يدهما وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما فى الدعوى انتهى . أقول : يرد عليه أن هذا الشرح لايطابق المشروح ، لأن المصنف قال : معناه لاعلى طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف لاعلى طريق القضاء الاستحقاق ، ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما . قلت : لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضا ، إذ لابد فى قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى فى يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضا هناك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجىء فى مسئلة التنازع فى الحائط حيث قال : ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، فإن لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه يجعل فى أيديهما معا لأنه لامنازع لهما لا أنه يقضى بينهما انتهى . فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل فى أيديهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعى فى أيديهما والثانى فيما لم يعرف ذلك

بخلاف ما إذا كانا راكبين فى السرج فإنها بينهما قولا واحدا لاستوائهما فى التصرف ، وكذا إذا تنازعا فى بعير ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف (وإذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لاعلى طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه فى بيته ، والجلوس عليه ليس بشىء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا فى يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك فى أيديهما ، وبهذا فرق بينه وبين الدار إذا ادّعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لابطريق الترك ولا بغيره ، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم ، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم ، لأنها بعد أن كانت فى مكانها الذى يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضى ، وجهالة ذى اليد لاتجوّز القضاء لغيره ، لأن شرط جوازه العلم بأن المدعى ليس فى يد غير

فأقول : المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فإنه خلاف مايفهم من الكتاب (قوله حيث لم يقض بها) أقول :

قال (وإذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة فى الاستحقاق .

وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى فى أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور ، فكأن صاحب العناية تنبه لهذا فقال : لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه فى بيته ، والجلوس عليه ليس بشىء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا فى يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك فى أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك فى أيديهما ، لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور ، لأن استعمال الترك فى اليد يقتضى سبق تحقق اليد ، وهاهنا ليس كذلك كما تبين ، فحق الكلام فى هذا المقام أن يقال فيجعل فى أيديهما : أى يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه حينئذ يطابق الشرح المشروح ، ويطابق المقام مايظهر مما سيجىء فى مسئلة التنازع فى الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل فى أيديهما بلا قضاء . وأيضا لا تبقى الحاجة حينئذ إلى ماذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا فى وجه الفرق بينهما من التكلف على مالا يخفى على الفطن الناظر فى كلامهم ، إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعين بالمدعى بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء ، بل أن يجعل المدعى فى أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما فى الدعوى فتدبر (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد ، إلا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة فى الاستحقاق) يعنى أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان ، إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر ، فصار كما لو تنازعا فى بعير ولأحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة ، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التى ذكرت من قبل ، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال ، كذا فى العناية . ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان فى يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له فى العادة وإلا فلا ، لأنه ذكر فى المحيط والذخيرة ، لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له ، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار . وفى القدورى : لو أن خياطا يخيط ثوبا فى دار رجل وتنازعا فى الثوب فالقول قول صاحب الدار . وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف : رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال ربّ الدار هذا مالى أخذته من منزلى ، قال أبو حنيفة : القول قول ربّ الدار ، ولا يصدق الداخل فى شىء ماخلا ثيابه التى عليه إن كانت الثياب مما يلبسه . وقال أبو يوسف : إن كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شىء من الأشياء بأن كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زقّ زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع فى الأسواق فالقول قوله ، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا . فأثبت فى هذه المسائل أن صاحب اليد إنما تعتبر يده وإن كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية

المدعيين ولم يوجد (وإذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما مستمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا ، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان ، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص ، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هى

بل يجعل فى أيديهما ، وفرق مابين الجعل فى أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجىء فى آخر هذه الورقة .

قال (وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول قوله) لأنه في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذى هو فى يده) لأنه أقرّ بأنه لايد له حيث أقر بالرق (وإن كان لايعبر عن نفسه فهو عبد للذى هـو فى يده) لأنه لايد له على نفسه لما كان لايعبر عنها وهو بمنزلة المتاع . بخلاف ما إذا كان يعبر ،

(قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (وإذا كان صبيّ فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أى يعقل فحوى مايجرى على لسانه ، كذا فى الكافى . وفى معناه قول الشراح : أى يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أى الصبيّ (أنا حرّ فالقول قوله لأنه فى يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد ، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة ، إذ كونه فى يد غيره دليل الإهانة ، ومع قيام يده على نفسه لاتثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه . وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بأن كان صغيرا لايعبر عن نفسه : أى لايعقل مايكون . وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف ، فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة ، كذا فى الكافى (ولو قال أنا عبد لفلان) أى لو قال الصبيّ الذى يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذى اليد وقال الذى فى يده إنه عبدى (فهو عبد للذى هو فى يده لأنه أقرّ بأنه لايد له حيث أقرّ بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذى اليد أنه له ، ولا تقطع يده إلا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة ، كذا فى الكافى . فإن قيل : الإقرار بالرق من المضارّ لا محالة وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة وإن كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبيّ أبدا يبعد من المضارّ ويقرّب من المبارّ. قلنا : الرق ، هاهنا لايثبت بإقراره بل بدعوى ذى اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لاتتقرر يده عليه ، وعند عدمها تتقرر كما فى الصبيّ الذى لايعقل فيكون القول قوله فى رقه ، كذا فى الشروح (وإن كان) أى الصبيّ (لايعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لأنه لايد له على نفسه لما كان لايعبر عنها) أى عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) فى أن لايكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله أنه ملكه (بخلاف ما إذا كان يعبر)) أى بخلاف ما إذا كان الصبيّ يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذى لايعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لايصدق . وهنا يصدق . قلنا : الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده ، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لأن الملتقط أمين فى اللقيط ويد الأمين فى الحكم يد غيره فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك . فإن قيل : وجب أن لايصدق فى دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل فى بنى آدم إذ الأصل فى بنى آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرّين فكان مايدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله إلا بحجة . قلنا : ماهو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك

اليد والزيادة هى الاستعمال (وإذا كان صبى فى يد رجل) يدعى رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبى ممن يعبر عن نفسه أو لا ، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذى اليد ، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون فى يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذى اليد (فهو عبد ذى اليد لأنه أقر أنه لايد له على نفسه باقراره بالرق) قيل : الإقرار بالرق من المضار لامحالة ، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين. وأجيب بأن الرق لم يثبت

(قوله وإذا كان صبى فى يد رجل يدعى رقه) اقول : يعنى يدعى ذلك الرجل (قوله إما أن يكون الصبى ممن يعبر) أقول : أى يتكلم ويفهم مايقال (قوله قيل الإقرار بالرق من المضار لامحالة وأقواله فيها الخ) أقول : يعنى وأقوال الصبى فيها غير موجبة الخ . قال الزيلعى أخذا من النهاية : ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية ، إذ التناقض فيه لايمنع صحة الدعوى ، بخلاف الإقرار بالدين انتهى ، لأنه لايمكن تداركه ، وكذا الطلاق والعتاق .

فلو كبر وادعى الحرية لايكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه فى حال صغره ؛ قال (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشىء) لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع ،

فيبطل به ذلك الأصل ، كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لايكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه فى حال صغره) فلا ينقض الأمر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أومتصل ببنائه) أى أو هو متصل ببنائه (ولآخر عليه) أى على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية بضمها . وفى المغرب : الهردية عن الليث : قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم . وقال ابن السكيت : هو الحردى ولا تقل هردى انتهى . وفى الصحاح : الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى . وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا ، وكذا القاموس . قال فى غاية البيان : الرواية فى الأصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لاغير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال ، والهرادى ليست بشىء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لاصاحب استعمال لأن الحائط لايبنى لوضع الهرادى عليه والاستعمال يد ، وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق) فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى فى الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخلة لبن هذا : أى الحائط المتنازع فيه (فى جداره) أى فى جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أى ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع ، وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة

بإقراره بل بدعوى ذى اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لاتتقرر يده عليه ، وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله فى رقه كالذى لايعقل إذا كان فى يده ، وإن كان الثانى فهو عبد للذى فى يده ، لأنه لما كان لايعبر عن نفسه كان كمتاع لايد له على نفسه . واعترض بالملتقط إذا ادعى رقّ لقيط لايعبر عن نفسه فإنه لايكون عبده ، وبأن الرقّ من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض ، فكان الواجب أن لايصدّق ذواليد إلا بحجة . وأجيب عن الأول بأن فرض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين فى اللقيط ويد الأمين فى الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلايثبت بها الرقّ . وعن الثانى بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل ، فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرقّ عليه فى حال صغره . قال (وإذا كان الحائط لرجل الخ) وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادىّ جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ، ذكره فى المغرب عن الليث ، يقال له بالفارسية وردوك (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشىء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به ، فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال) المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون

(قال المصنف : أو متصل ببنائه) أقول : فى صحة العطف تأمل .

وهذا شاهد ظاهر لصاحبه. لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط .

فى المتنازع فيه، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الأخرى ، وأما إذا ثقب فأدخل لايكون تربيعا ، كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام . وفى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدرالشريعة : وإنما سمى هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى . وكان الكرخى يقول : صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شىء واحد . والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفى ، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه ، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه ، كذا فى شرح الكنز للإمام الزيلعى . وفى شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أى اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه) أى بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل فى حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال ، وبعضه متفق عليه لأحدهما فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه، ولأن الظاهر أنه هو الذى بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لاتتصور إلا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى ، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط . أقول: بقى لى هاهنا كلام ، وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور فى مسئلتنا هذه على اتصال التربيع ، وتبعه فى هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافى والإمام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم، حتى أن كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هاهنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال : والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصاع تربيع لا لمن له عليه هرادى انتهى . ولكن لم يظهر لى وجه هذا التقييد هاهنا لأن معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى . وفى الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لااحتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع ، بل كل واحد من ضربى الاتصال : أعنى اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان فى هذا الحكم فإن الهرادى مما لا اعتبار له أصلا بل هى فى حكم المعدوم ، حتى لو تنازعا فى حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شىء فهو بينهما على ما سيأتى فى الكتاب . وقد ذكر فى معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال ، فقال فى الذخيرة : وذكر هذا أيضا فى النهاية نقلا عن الذخيرة . أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا فى الدعوى والاتصال ، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى ، لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه ، لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع ، فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال ، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ، ولو كان لأحدهما اتصال ببناء اتصال ملازقة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال لأنهما استويا فى حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى . وقال فى البدائع : ولو كان الحائط متصلا ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتعلق به ، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى ، لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ، ولو كان

أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الأخرى ، وأما إذا ثقب فأدخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال مايكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى

وقوله الهرادى ليست بشىء يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا ، وكذا البوارى لأن الحائط لاتبنى لها أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شىء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

لأحدهما اتصال تربيع وللآخر الجذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى . فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر فى الذخيرة ، أو كان للآخر جذوع كما ذكر فى البدائع ، وأما إذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة فى ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه ، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليست بشىء) أى قول محمد فى الجامع الصغير الهرادى ليست بشىء (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا) بل هى فى الحكم المعدوم (وكذا البوارى لأن الحائط لايبنى لها أصلا) أى لأن الحائط لايبنى لأجل الهرادى والبوارى ، لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لابوضع الهرادى والبوارى ، وإنما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شىء فهو بينهما) معناه : إذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، وإن لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه يجعل فى أيديهما لأنه لامنازع لهما لا أنه يقضى بينهما كذا فى العناية وكذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة . ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل فى اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة) أى لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى فى أصل العلة ، وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود يبنى الحائط لأجله وفى نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالأكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها . قال فى معراج الدراية : وقوله ولا معتبر بالأكثر منها : أى من الثلاثة . أقول : تفسيره ليس بسديد ، أما أولا فلأنه يقتضى أن يكون كلمة (من) فى قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية فى اسم التفضيل وهو لايجوز على ماعرف فى موضعه . وأما ثانيا فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا ، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لايكون إلا بعد الثلاثة ، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبيينية لا تفضيلية ، وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفا لا إلى الثلاثة ، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم

(وقوله والهرادى ليست بشىء) يعنى قول محمد فى الجامع الصغير (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا ، وكذا البوارى لأن الحائط لايبنى لها أصلا) لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادى والبوارى ، وإنما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شىء قضى به بينهما) ومعناه إذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، وإن لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو فى يده يجعل فى أيديهما لأنه لامنازع لهما لا أنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

(قوله ومعناه إذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول : فإذا ادعاه ثالث لاتطلب منه البينة على أنه فى أيديهما ليصيرا خصما له لمعرفة القاضى بذلك ، وإذا ترافعوا إلى قاض آخر فأقام المدعى البينة بقضاء القاضى الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له (قوله يجعل فى أيديهما لأنه لامنازع لهما) أقول : فإذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه فى أيديهما حتى يصير خصما له ، وإذا كان القاضى الذى ترافعوا إليه غير القاضى الأول لاتسمع خصومة الثالث بإقامة البينة على أن القاضى الأول جعله فى أيديهما فليتدبر (قال المصنف : ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة) أقول : من هذه هى التبيينية لاالداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية . وفى بعض النسخ بأكثر منها فمن حينئذ تفضيلية .

(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية ، وفي رواية لكل واحد منهما ماتحت خشبته ، ثم قيل مابين الخشب بينهما ، وقيل على قدر خشبهما ، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لامعتبر بالكثرة في نفس الحجة . وجه الثاني

شيء من المحذور ين المذكورين (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه : الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه . قالوا : يريد به حق الوضع . وقال في النهاية : ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبينة ، أما إذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع ، وجعل في المحيط ماذكر في كتاب الإقرار أصح . وقال قاضيخان : والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى ، كذا في التبيين للإمام الزيلعي (ثم قيل) أي على هذه الرواية : يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل (مابين الخشب بينهما) أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ماسيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل مابين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القيل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره : يعني أن ذلك استحسانا . والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لأنه لامعتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني أنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لايقع بها كما تقدم ، ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين ، كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها ، وإما

لأن الزيادة من جنس الحجة ، فإن الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية) كتاب الإقرار حيث قال فيه : الحائط كله لصاحب الأجذاع ، ولصاحب القليل ماتحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار إليه المصنف (وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط ، وعلى هذه الرواية قيل : مابين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القيل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ : يعني ذلك استحسان ، والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر (نصفين) لأنهما استويا في أصل الاستعمال ، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لايقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبه

(قوله فهو مصدر ميمي) أقول : قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار إليه المصنف) أقول : بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لأن الحائط الخ) أقول : وفي تأخير المصنف دليل القيل الأول إشارة إلى رجحانه على ماهو دأبه وعادته (قال المصنف : وجه الثاني

أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته . ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى) ويروى الثانى أولى . وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى .

بتأويل الرواية بالنقل أو القول (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال. قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس . أقول : يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته ، وما تحت خشبته لايعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشىء واحد مع زيادة استعمال أحدهما ، بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة فى نفس الحجة ، لأن هذا فيما إذا اتحد محل الحجتين ، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذى هو مستحق مشغول بجذعه فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال فى الباقى فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له فى ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلا : عشرة منها فى يد رجل ، وواحد فى يد رجل ، وتنازعا فى الدار ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده كذا هاهنا اهـ ، (ووجه الأول) أى ووجه الرواية الأولى وهى قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الأول لمثل ما ذكرناه فى الثانى (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف ، والتسقيف لايحصل بخشبة ولا بخشبتين وإنما يحصل بالخشبة والخشبتين أسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهد لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع) أى يبقى لصاحب الأقل حق وضع جذعه (لأن الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) يعنى أن حكمنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا . ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد . وقال بعضهم : الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بها ، كذا فى العناية وغيرها (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الأولى وقع فى الدليل بوجه الأول ، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثانى ، كذا فى العناية . وقال صاحب النهاية : ومن يحذو حذوه من الشراح ما فى النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى ، وما فى الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لايوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثانى فتتبع (فالأول أولى ، ويروى أن الثانى أولى ، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لأنه المقصود باليد ، كذا فى الكافى ، ولأن التصرف

(أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الأولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا . واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد . وقال بعضهم : الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ : لأحدهما جذوع وللآخر اتصال ، وعلى الأولى وقع فى الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثانى ، ومعناه : إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه (فالأول أولى)

أن الاستعمال الخ) أقول : لم يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثانى) أقول : يعنى فى بعض النسخ ، وإلا ففى بعضها وقع .

وجه الثانى أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ، وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجانى . قال (وإذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما فى استعمالها

لايكون بدون اليد ، واليدان إذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا . كذا فى شرح تاج الشريعة ، ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسى (وجه الأول) وفى بعض النسخ : وجه الثانى (أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله) أقول : يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضى ببعض الشىء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر، إما بالتجزئة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها ، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر فى ملك صاحب الاتصال ، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكأن صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك . ولكن يرد عليه أيضا أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع ، لأن صاحب الجذوع قائل به ، فإنه يدعى أن الحائط المتنازع فيه له ، ويعترف بأن الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال ، فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده ، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع ، فإن من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب إحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أى على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده ، حتى قالوا : لو اثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوى وصححها الجرجانى) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ، ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ ، كذا ذكره الإمام الزيلعى فى التبيين . ثم اعلم أن الاتصال الذى وقع الاختلاف فى ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذى وقع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه ، وأما إذا وقع اتصال التربيع فى طرفيه فصاحب الاتصال أولى ، وعلى هذا عامة المشايخ ، كذا فى النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية. وقال فى الذخيرة : وإن كان الاتصال فى طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى ، وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد . وذكر شمس الأئمة السرخسى أن صاحب الجذوع أولى وقال فيما قبل هذا : فإن كان الاتصال فى طرفى الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به ، وعليه عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبى يوسف فى الأمالى ، كذا فى النهاية وغيرها (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة ، وهى عرصة فى الدار وبين يديها ، كذا فى معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما فى استعمالها) أى استعمال

لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى ، وممن رجحه شمس الأئمة السرخسى . ويروى أن الثانى أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا إن الظاهر ليس بحجة فى الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة ، وهذا رواية الطحاوى وصححها الجرجانى ، ولو كان الاتصال بطرفى الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبى يوسف فى الأمالى (وإذا كان فى يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفى يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما فى الاستعمال ،

وعلى الثانية وجه الأول ، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قائلا بأن الدليل لايوافق ذلك الترتيب (قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول : فيه بحث .

وهو المرور فيها . قال (وإذا ادعى رجلان أرضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته

الساحة (وهو المرور فيها) ووضع الأمتعة وصبّ الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك، فلما كانا فى ذلك سواء كانا فى استحقاق الساحة أيضا سواء ، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجا . على أنا نقول : الترجيح لايقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وإن كان بعضها أكثر من بعض ، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى ، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب ، وما إذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . أجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالأجنبى عنه فألغى والشرب تحتاج إليه الأراضى دون الأرباب ، فبكثرة الأراضى كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه ، وأما فى الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء ، فاستويا فى الاستحقاق ، فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار ، كذا فى العناية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبى والإمام التمرتاشى ، كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا ادعى رجلان أرضا ، يعنى يدعى كل واحد منهما أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) أقول : فى عبارة الكتاب هاهنا مسامحة ، وكان الظاهر أن يقال : حتى يقيم البينة أنها فى يده ، لأن القضاء بأنها فى يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها فى يده لاعلى إقامتهما البينة أنها فى أيديهما ، وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها فى أيديهما معا كما لايخفى ، وسيتجلى من التفصيل الآتى فى الكتاب ، ولقد أحسن صاحب الكافى هاهنا حيث قال : لم يقض بأنها فى يد أحدهما إلا بالبينة انتهى . فإن هذه كلمة جامعة هاهنا (لأن اليد فيها) أى فى الأرض (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) فقد غاب عن علم القاضى (وما غاب عن علم القاضى) أى والذى غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلابد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ، ولأنه جاز أن تكون فى يد غيرهما ، ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لايجوز ، كذا فى الكافى . قال فى الفوائد الظهيرية هاهنا مسئلة غفل عنها القضاة ، وهى أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها فى يده وأقام المدعى بينة على الملك فالقاضى لايقضى ببينته لجواز أن تكون الأرض فى يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواضعا على ذلك ، وهذه حيلة ليجعلها القاضى فى يد أحدهما ،

وهو المرور) وصبّ الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ، ولا معتبر بكون أحدهما خراجا ولاجا دون الآخر ، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة ، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب ، وإذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالأجنبى عنه فألغى ، والشرب تحتاج إليه الأراضى دون الأرباب ، فبكثرة الأراضى كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه . وأما فى الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار . قال (وإذا ادعى رجلان أرضا الخ) إذا ادعى رجلان أرضا كل واحد منهما ادعى أنها فى يده لم يقض القاضى أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما (لأن اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضى أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) لابد

(قوله وفى يد الآخر هدبه) أقول : الهدب يقال له بالتركى سجق .

(وإن أقام أحدهما البينة جعلت فى يده) لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود (وإن أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن فى الأرض أو بنى أو حفر فهى فى يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

فما لم يثبت كون الأرض فى يد المدعى عليه بالبينة لايقضى ، إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لأن إقراره حجة فى حقه كذا فى معراج الدراية (وإن أقام أحدهما البينة) أى على أنها فى يده (جعلت فى يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا ، كذا فى الكافى وغيره . فإن قيل : البينة تقام على الخصم ، ، وإذا لم يثبت كونها فى يد الآخر لايكون خصما فكيف يقضى للذى أقام البينة ؟ قلنا : هو خصم باعتبار منازعته فى اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شىء شرعا كانت بينته مقبولة ، كذا فى عامة الشروح . وقال صاحب العناية : وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وإن أقاما البينة) أى على أنها فى أيديهما (جعلت فى أيديهما لما بينا) إشارة إلى قوله لقيام الحجة . وذكر الإمام التمرتاشى : فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ماهى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال . وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها ، للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله ، كذا فى الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول : أى فلا تستحق اليد (لأحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء : لايخفى عليك أن هذا الكلام فى غير محله اهـ . أقول : إنما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وإن أقاما البينة الخ ، إذ لا ارتباط بينهما ، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبى . وأما إذا كان متفرعا على مجموع ماذكر فى مسئلتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضا إلى هنا بأن كان فذلكة الكلام فى هذا المقام فقد كان فى محله كما لايخفى (فإن كان أحدهما قد لبن فى الأرض أو بنى أو حفر) يعنى إذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها فى يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس فى الثياب ، كذا ذكره فخر الإسلام .

من البينة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة (وإن أقام أحدهما البينة جعلت فى يده لقيام الحجة)فإن قيل : البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها فى يد الآخر فليس بخصم . أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته فى اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شىء شرعا كانت بينته مقبولة ، وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما (فإن أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك . قال بعض مشايخنا : هذا قول أبى حنيفة ، وقالا : يقسم بينهما بناء على مسئلة أخرى ذكرها فى كتاب القسمة ، وهى ما إذا كانت الدار فى أيدى ورثة حضور كبار أقروا عند القاضى أنها ميراث فى أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضى أن يقسمها بينهم ، فالقاضى لايقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم . وقال أبويوسف ومحمد : يقسمها بينهم باقرارهم ، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم . ومنهم من قال : المذكور هاهنا قول الكل ، لأن القسمة نوعان : قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج إلى الحفظ ، فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك ، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ما هى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال ، وإن نكلا قضى لكل واحد

(قوله أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته فى اليد) أقول :قال فى النهاية :ألا يرى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لولم ينازعه الآخر انتهى . وفيه بحث لمخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسئلة أخرى) أقول : هذا ناظر إلى قوله قال بعض مشايخنا (قال المصنف : فلا تستحق لأحدهما من غير حجة) أقول : لايخفى عليك أن هذا الكلام فى غير محله .

(باب دعوى النسب)

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادّعاه البائع

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع فى بيان دعوى النسب ، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا باع جارية بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل فى ابتداء كلام فقال أخذا من غاية البيان : اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشترى ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أولما بين المدتين . وكل وجه على أربعة أوجه : أما إن ادعى البائع وحده أو المشترى وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب انتهى . أقول : يرى فيه اختلال من وجهين : الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشترى ولد الجارية المبيعة إلى ثلاثة أوجه ، وهى : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لأكثر من سنتين ، أو لما بين المدتين . وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهى : إن ادعى البائع وحده أو المشترى وحده أو ادعيا معا ، أو على التعاقب ، فيلزم منه أن يكون الشىء قسم قسيمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشترى مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الأربعة . والثانى أن كلمة أو الداخلة على المشترى فى قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشترى تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب فى المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين فى أقسام أقسامه ؟ ويمكن أن يتمحل عن الأول بأن المقسم ادعاء البائع أو المشترى مطلقا : أى أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه منضما إلى الآخر بالمعية أو التعاقب ، وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معا أو على التعاقب ، فيكون قسم القسم أخص من المقسم لاعينه . وعن الثانى بأن تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلوّ دون منع الجمع . والأولى عندى فى بيان الضابطة هاهنا أن يقال : اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت بولد ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين ، وكل وجه من الأوجه الثلاثة

بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله ، وإذا ادّعيا أرضا صحراء أنها بأيديهما : يعنى يدعى كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال ، ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدوابّ واللبس فى الثياب .

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع فى بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدمه . قال (وإذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشترى ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين . وكل وجه على أربعة أوجه : إما أن ادعى البائع وحده ، أو المشترى وحده ، أو ادعياه معا ، أو على التعاقب . فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له . وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته باطلة ، لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان فى دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه ، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها ، وإذا لم تكن الدعوى صحيحة لايثبت النسب ، إذ لانسب فى الجارية بدون الدعوى . ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق فى ملكه ، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه ، لأن الظاهر عدم الزنا فنزل

(باب دعوى النسب)

(قوله باتصال العلوق فى ملكه) أقول : الظاهر بملكه بدل قوله فى ملكه .

فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له (وفى القياس وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان فى دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا . ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لايجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق

على أربعة أوجه ، أما إن ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشترى وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر فى الكتاب (فهو) أى الولد (ابن البائع وأمه) أى أم الولد (أم ولد له) أى للبائع (وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته) أى دعوة البائع (باطلة لأن البيع اعتراف منه) أى من البائع (بأنه) أى الولد (عبد وكان) أى البائع (فى دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه ، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أى ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أى وجه الاستحسان الذى نعمل به فى هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعنى أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لأن الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة فى إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض . وبيانه أن الإنسان قد لايعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أى لايمنع صحة الدعوى ؛ كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولاينظر إلى التناقض لمكان الخفاء فى أمر العلوق ، وصار كالمكاتب إذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته وتبطل الكتابة ، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث ينفرد المولى به ، وكالمختلعة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فإن بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به ، بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع ، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه ، كذا حققوا (وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لايجوز ، ويرد الثمن) أى إن كان منفردا (لأنه قبضه بغير حق) فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع ، كذا فى الكافى ، وإن ادعاه المشترى وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير ، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وتثبت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لايصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : صحة التحرير من المشترى ظاهرة ، لأن الجارية مملوكته فى الحال فيملك إعتاقها وإعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها . وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فمشكلة بما مر فى وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع ، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشترى عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك . ويمكن أن يجاب بأن تيقننا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع . وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره

ذلك منزلة البينة فى إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض ، وذلك لأن الإنسان قد لايعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض ، ولا كذلك العتق والتدبير ، وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقودا لأنه قبضه بغير حق . وإن ادعاه المشترى وحده صحت دعوته ، لأن دعوته

(قوله بكون العلوق منه) أقول : الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول : لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر (قوله وصار كالمرأة إذا أقامت البينة) أقول : فإن بينتها تقبل مع التناقض فى الدعوى لخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق .

(وإن ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهوالشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله .

بالنكاح ، فإذا ادعاه المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ، ويؤيد هذا ماذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال : لو ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى ويحمل على أن المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى . (وإن ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لأنها أسبق) أما إذاكانت قبل دعوة المشترى فالأمر ظاهر ، وأما إذا كانت بعد دعوة المشترى فلما أشار إليه بقوله (لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعنى أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاد ، ودعوة المشترى مقتصرة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال . وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهى لاتفتقر إلى قيام الملك فى الحال لأنها تستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ماسيجىء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعنى أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك هاهنا فلم تصح دعوته (إلا إذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لأمره على الصلاح ، وقول المشترى على الصدق (ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أى للولد (ولا حقه) أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم فيبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبى آخر ، كذا فى الكافى وغيره (وهذه) أى دعوة البائع هاهنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه .

دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير ، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وتثبت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لايصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى ، وإن ادعياه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان فى ملكه ودعوى المشترى دعوى تحرير ، فإن أصل العلوق لم يكن فى ملكه . ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاد) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ؟ ووجهه أنها دعوة استيلاد وهى لاتفتقر إلى قيام الملك فى الحال لأنه يستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ما يجىء ، وكذلك إن ادعى المشترى بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع ، فإما أن يصدقه المشترى أولا ، فإن كان الثانى فلا تصح دعوة البائع) لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا ، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لأمره على الصلاح ، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق فى حق الولد ولا حقه فى الأم فلا تصير أم ولد ، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة فى الولد دعوة تحرير ، وغير

(قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد) أقول : يعنى دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير ، إذ لامساواة فى القوة (قوله وإذا لم تصر أم ولد بقى الخ) أقول : شرح لايطابق المشروح كما لايخفى على المتامل .

(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشترى) لأنه احتمل أن لايكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه ؛ وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما فى المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك ؛

اعلم أن الدعوة نوعان : دعوة استيلاد ودعوة تحرير ؛ فدعوة الاستيلاد هى أن يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرًا ، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق ، كذا فى البدائع . وإن ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صحت دعوته ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لأنه كالأجنبى ، كذا فى العناية وغيرها (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أى فى هذا الوجه (إلا أن يصدقه المشترى لأنه احتمل أن لايكون العلوق فى ملكه) أى فى ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهى اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أى من تصديق المشترى إياه (وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ ، والأم أم ولد له كما فى المسئلة الأولى) وهى إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك) وإن ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لايحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى ، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّ الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق فى ملكه ممكن ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لأن البائع فى هذه الحالة كالأجنبى ؛ وهذا الذى ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة . أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا : فإن ادعاه البائع وحده لاتصح دعوته إلا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه ، وإن ادعاه المشترى وحده صح دعوته لأن أكثر ما فى الباب كون العلوق فى ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لايمنع دعوة المشترى . وإن ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشترى ، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت . وإن ادعياه متعاقبا فإن سبق المشترى صحت دعوته ، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما ، كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ، وكذا فى العناية . قال فى الكافى : ولو تنازعا فالبينة للمشترى ، أى إذا باع أمة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق ، لأن البائع يدعى انتقاض البيع والمشترى ينكر ، فإن أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف لأنه أثبت زيادة مدة فى الشراء ، وعند محمد البينة للبائع لأنه يثبت نسب

المسالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك ، وإن ادعاه المشترى وحده صح دعوته ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى لأن البائع كالأجنبى ، وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه المشترى أو لا ، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لايكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة ، وإن صدقه المشترى يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد كما فى المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك ، وإن ادعاه المشترى وحده صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لايحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى ، وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل ، ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق فى ملكه ممكن ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لأن البائع فى هذه الحالة كالأجنبى ، هذا إذا كانت المدة معلومة ، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل من مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا ، فدعوة البائع وحده لاتصح بغير تصديق المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه ، ودعوة المشترى وحده صحيحة . واحتمال كون العلوق فى ملك البائع ، إن جاءت به لأقل المدة لايمنع دعوة المشترى ، وإن ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما

(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لأن الولد هو الأصل فى النسب فلا يضره فوات التبع ، وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم الولد ، وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويردّ الثمن كله فى قول أبى حنيفة . وقالا : يردّ حصة الولد ولا يردّ حصة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده ،

الولد واستيلاد الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتا انتهى (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر) أى والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد فى الأم) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأنها) أى لأن الأم (تابعة للولد) أى فى هذا الباب على ماسيجىء بيانه (ولم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك) أى لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الأم) لعدم تصور ثبوت الحكم فى التبع بدون ثبوته فى المتبوع (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع هذا أيضا القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأن الولد هو الأصل فى النسب فلا يضرّه فوات التبع) يعنى أن الولد لما كان هو الأصل كان المعتبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب ، ولا يضرّه فوات التبع لأن تعذر الفرع لايبطل الأصل ، بخلاف العكس (وإنما كان الولد أصلا لأنها) أى لأن الأم (تضاف إليه) أى إلى الولد حيث (يقال أم الولد) والإضافة إلى الشىء أمارة أصالة المضاف إليه (وتستفيد الحرّية من جهته) عطف على تضاف إليه : أى وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد (لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها ») قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ؟ (والثابت لها) أى ولأن الثابت للأم (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أى والثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية (والأدنى يتبع الأعلى) دائما دون العكس ، فحق الحرية الذى هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الأعلى دون العكس (ويردّ الثمن كله فى قول أبى حنيفة ، وقالا : يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم) وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مرّ آنفا . قال المصنف (لأنه تبين أنه باع أم ولده) أى تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل

وكان الولد عبدا للمشترى ، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت به . فإن قيل : فى جانب المشترى يثبت فى وجهين وفى جانب البائع فى وجه واحد فكان المشترى أولى . قلنا : هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا . وإن ادعياه متعاقبا إن سبق المشترى صحت دعوته وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما . قال (فإن مات الولد فادعاه البائع الخ) الأصل فى هذه أنه إذا حدث فى الولد مالا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفى ثبوت النسب ، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه (لأنه أصل) لإضافتها إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها : ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ، والأدنى يتبع الأعلى ، وإذا لم يكن فى الأصل مايمنع الدعوة لم يضرّ فوات التبع ، ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة ، وقالا : يردّ حصة الولد ولا يرد حصة الأم ، وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده فى العقد والغصب

(قوله لأنه أصل لإضافتها إليه الخ) أقول : الدليلان الأخيران يدلان على الأصالة فى النسب بل فى العتق .

وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى، وعندهما متقومة فيضمنها . وفى الجامع الصغير : وإذا حملت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ، ولو كان المشترى إنما أعتق الولد فدعواه باطلة . ووجه الفرق أن الأصل فى هذا الباب الولد والأم تابعة له على مامر . وفى الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته فى الأصل وهو الولد ،

(وماليتها) أى ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبى حنيفة (فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أى فيضمنها المشترى ، فإذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كى لايجتمع البدل والمبدل ، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهى الأم . قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد مابين المقام بهذا المنوال : هكذا ذكروا الحكم فى قولهما ، وكان ينبغى أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الأم ، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة ، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيا وإلا فبدله انتهى فتأمل (وفى الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (وإذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الأم فهو ابنه) أى فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أى يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذى كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة ، فما أصاب الأم يلزم المشترى ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشترى مالايحتمل الإبطال وهو الولاء ، كذا فى الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشترى إنما أعتق الولد فدعوته) أى دعوة البائع (باطلة) أى إذا لم يصدقه المشترى فى دعواه ، كذا فى الشروح (ووجه الفرق) إنما ذكره استظهارا ، إذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (أن الأصل فى هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية : أى الأصل فى باب ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب ، وقد اقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول : لايخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى ، فالأوجه فى التفسير أن يقال : أى الأصل فى باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والأم تابعة له على مامر) فى مسئلة الموت آنفا (وفى الفصل الأول) وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الأم ، وفى بعض النسخ : وفى الوجه الأول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) أى المانع منهما (العتق فى التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته) أى ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد (فى الأصل وهو الولد) لأن امتناع الحكم فى التبع لايوجب

فلا يضمنها المشترى ، وعندهما متقومة فيضمنها . وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت ، فإذا أعتق المشترى الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم ، فما أصاب الأم يلزم المشترى ، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما . وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ، ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشترى فى دعواه ، وذكر الفرق استظهارا فإنه كان معلوما من مسئلة الموت (والأصل فى هذا الباب) أعنى به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والأم تابعة له) لى ذلك كما مر (وفى الفصل الأول) يعنى فيما إذا أعتق المشترى الأم (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد فى التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته فى الأصل وهو الولد) فإن قيل : إذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق

(قوله فى هذا الباب : أعنى به الخ) أقول : الأظهر أن يقال : يعنى به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ ، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لايخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول : قوله هو راجع إلى الأصل .

وليس من ضروراته ، كما فى ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاها ، وكما فى المستولدة بالنكاح . وفى الفصل الثانى قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع ، وإنما كان الإعتاق مانعا

امتناعه فى الأصل . فإن قيل : إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع فى الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق فى ملكه بيقين ، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية فى ملك البائع ، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغى أن يبطل البيع وإعتاق المشترى . أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى وليس ثبوت الاستيلاد فى حق الأم من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته : يعنى أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لاينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أونكاح فتلد منه ثم تستحق ، كذا ذكره المصنف فيما سيجىء فى آخر هذا الباب (فإنه) أى ولد المغرور (حرّ) أى حر الأصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاها) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع فى السوق (وكما فى المستولدة بالنكاح) يعنى إذا تزوّج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد ، كذا فى غاية البيان ، ويطابقه ماذكره صاحب الكافى حيث قال : وكما فى المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأمة أم ولده انتهى . وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ، ولا تصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن يملكها بوجه من الوجوه اهـ . قال صاحب النهاية والعناية فى شرح قول المصنف : وكما فى المستولدة بالنكاح بأن تزوّج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هى أمة انتهى . أقول : هذا المعنى هاهنا غير صحيح ، لأن الصورة التى ذكراها قسم من قسمى ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف فى آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا ، فلا وجه لأن يذكرها المصنف فى مقابلة ولد المغرور كما لايخفى . فإن قلت : إن صاحبى النهاية والعناية فسرا ولد المغرور فى قول المصنف كما فى ولد المغرور بقولهما وهو ما إذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى . فحينئذ يكون المراد بولد المغرور فى كلام المصنف أحد قسميه ، وهو ماحصل بالاعتماد على ملك اليمين ، وبالمذكور فى مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور . قلت : ذلك التفسير منهما تقصير آخر ، فإنه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد إلى تقليل الأمثلة فى مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفى الفصل الثانى) وهو ما إذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) أى فى الأصل (وفى التبع) لأن امتناع الحكم فى الأصل يوجب امتناعه فى التبع أيضا (وإنما كان الإعتاق مانعا) . قال متقدمو الشراح : أى وإنما كان إعتاق

فى ملكه بيقين ، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية فى ملك البائع ، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغى أن يبطل البيع وإعتاق المشترى . أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد لأبيه (وكما فى المستولدة بالنكاح) بأن تزوج امرأة على أنها حرّة فولدت فإذا هى أمة (وفى الفصل الثانى) وهو ما إذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفى التبع) وقوله (وإنما كان الإعتاق مانعا) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ، ومعناه أن الإعتاق من المشترى كحق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الأم فى أن كل واحد منهما لايحتمل النقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا

(قوله أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الأم من ضرورات ثبوت العتق) أقول : وإن كان من أحكامه (قوله وكما فى المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول : فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجىء فى آخر الفصل فلا وجه المقابلة ، والظاهر أن حرية الولد لا تمس إليها الحاجة ، وذكرها فى المثال الأول استطرادى فليتأمل .

لأنه لايحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه .

المشترى الولد مانعا لدعوة البائع إياه . وقال صاحب العناية أخذا منهم : قوله وإنما كان الإعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى . أقول : بل هذا بيان لمانعية عتق الأم عن ثبوت الاستيلاد فى حقها بدعوة البائع ، ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب فى حقه بدعوة البائع أيضا ، والمعنى : إنما كان إعتاق المشترى الأم والولد مانعا من دعوة الاستيلاد وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه ، كما ينادى عليه عبارات المصنف فى أثناء البيان على ماترى . وفيما ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثانى وهو تقصير فى حق المقام وشرح الكلام (لأنه) أى لأن الإعتاق (لايحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعنى أن الإعتاق من المشترى كحق استلحاق النسب من البائع فى الولد وحق الاستيلاد من البائع فى الأم فى أن كل واحد منهما لايحتمل النقض (فاستويا) أى استوى إعتاق المشترى وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أى من حيث أنهما لايحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه . قال صاحب العناية : ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد، فن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر . ولقائل أن يقول: إذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى .

أقول : السؤال الأول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه . وأما السؤال الثانى وجوابه فن مخترعاته وليس بشىء . أما السؤال فلأن مراد المجيب عن السؤال الأول أن التوأمين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد ، فن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وليس مراده أنهما فى حكم ولد واحد فى جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال ، كيف ومدار العتق على الرقبة، ولا شك أن رقبتيهما متغايرتان فما يترتب على إحداهما لايلزم أن يترتب على الأخرى كما لايخفى . وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق فى الآخر لزم الآخر ضمان قيمته ؛ كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبى حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر : أى السعاية فى بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن فى ذلك ضررا زائدا، إذ الضمان فى مقابلة العتق لايعد ضررا أصلا ، ولو سلم ذلك فيعارض

الوجه. ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى ، وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد ، فن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر . ولقائل أن يقول : إذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد ، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ماتم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به

(قوله وأجيب بأن التوأمين ، إلى قوله : ثبوت النسب للآخر) أقول: يعنى أن مرادنا من قولنا العتق لايحتمل النقض أنه لايحتمله قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمنى لاقصدى ،وكم من شىء لايثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول إذا كان كذلك الخ) أقول: أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين فى حكم ولد واحد (قوله فن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول: يعنى يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق فى الآخر لزمه الخ) أقول: أى لزم المشترى ضمان قيمة الولد الآخر فيما إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذى فى يده وقد أعتق المشترى ما اشتراه (قوله وفى ذلك ضرر زائد) أقول : ولذلك لم يجعل من ضروراته استحسانا ،وإلا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتأمل ، ثم قوله ضرر زائد معناه للمشترى (قوله فإن عورض) أقول : يعنى هذا الجواب (قوله بأنه غير مقصود) أقول : بل ضمنى ، ثم إن الضمير فى قوله بأنه راجع إلى السعى فى قوله كان ذلك سعيا الخ .

ثم الثابت من المشترى حقيقة الإعتاق والثابت فى الأم حق الحرية ، وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لايعارض الحقيقة ،

بالنسب أيضا قطعا ، فإنه إذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان قيمته : أى ردّ حصته من الثمن على المشترى فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد . وإن أراد أنه إن ثبت العتق فى الآخر لزم المشترى ضمان قيمته : أى إتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعا ، فإنه إذا ثبت النسب فى الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق فى الآخرضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح فى صورة التوأمين أيضا والفرض خلافه . ثم أقول : بدل السؤال الثانى وجوابه : ولقائل أن يقول : إذاكان الحكم فى التوأمين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لايحتمل النقض أنه لايحتمله قصدا واللازم فى مسئلة التوأمين احتماله النقض ضمنا . وكم من شىء لايثبت قصدا ويثبت ضمنا . وسيجىء فى الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين . ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثانى وجوابه : فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى . أقول : فيعارض بأن الضرر الزائد الذى يلزم على تقدير ثبوت العتق فى الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة مّا (ثم الثابت من المشترى حقيقة الإعتاق) يريد بيان رجحان ما فى جانب المشترى بأن الثابت من المشترى حقيقة الإعتاق (والثابت فى الأم حق الحرية ، وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لايعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق . قال صاحب العناية : ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو ، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشترى حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح . ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق ، فقلنا : يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى . أقول : النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح . وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين ، أما النظر فلأنا لانسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ؛ ألا يرى أنا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات فى العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله . وإنما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لايخفى . وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا فى مسئلة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم هوالشافعى وهو متأخر الزمان عن اجتهادأئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند

(قوله ثم الثابت) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق ، فإن الثابت (من المشترى حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع (فى الولد حق الدعوة وفى الأم حق الحرية والحق لايعارض الحقيقة) ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشترى حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى ، فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح . ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم ، وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما

(قال المصنف : والثابت فى الأم حق الحرية وفى الولد الخ) أقول : ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما يرى . وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما فى الحكم بصيرورته حرا لأصل ثبوت النسب للآخر (قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول : أنت خبير بأنه لا يلزم التسوية مطلقا ، ألا يرى أنه إذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق .

والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لايحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية . وقوله فى الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يردّ بكل الثمن هوالصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت . قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع) لأن البيع يحتمل النقض، وماله من حق

أثمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الإعتاق) أى فى الحكم المذكور، وكذا الاستيلاد بمنزلته فى ذلك الحكم على ماصرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية فى صدرمسئلتنا هذه نقلا عن الإمام التمرتاشى (لأنه لايحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله فى الفصل الأول يردّعليه بحصته من الثمن قولهما) يعنى أن ما ذكر فى الجامع الصغيرمن قوله وقد أعتق المشترى الأم فهو ابنه يردّعليه بحصته من الثمن هو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أى عند أبى حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت)قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط والإمام قاضيخان والإمام المحبوبى فىالجامع الصغيرأنه يردّ بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبى حنيفة أيضا، بخلاف فصل الموت . وذكروا الفرق بينهما بأن فى الإعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة، وأما فىفصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف مازعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فردّ جميع الثمن . ثم اعلم أن الذى اختاره المصنف وصححه هو ماذكره شمس الأئمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لاقيمة لها ، ولكن قالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يسترد كل الثمن،والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لم يبطل إعتاق المشترى . فإن قيل: ينبغى أن لايكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض . قلنا : الولد إنما حدث بعد القبض من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهوحادث قبل القبض لثبوت علوقه فى ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشترى، وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاهنا بالدعوة ، كذا فى الشروح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه (وباعه المشترى) أى ثم باعه المشترى (من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه) أى الولد ابن البائع الأول (ويبطل البيع) أى يبطل البيع الأول والثانى (لأن البيع يحتمل النقض وماله) أى وما للبائع (من حق

(والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (قوله وقوله فى الفصل الأول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشترى الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت. وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الأئمة فى المبسوط وقاضيخان والمحبوبى أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن ، بخلاف الموت ، وفرقوا بينهما بأن فىالإعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة . وأما فى فصل الموتفبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا فىحقه فيردّ جميع الثمن ، والذى اختاره المصنف هو ماذكره شمس الأئمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية ولهذا لايبطل إعتاق المشترى ؟ قيل الواجب أن لايكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشترى ولا حصة للولد الحادث بعد القبض . وأجيب بأن ذلك من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة. قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والأصل فى هذا أنه إذا

(قال المصنف وقوله فى الفصل الأول الخ) أقول : قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز إلى قوله من الثمن الخ) أقول : قال فى غاية البيان : وهكذا ذكر محمد فى الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشترى الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشترى الأم ثم ادعى البائع الولد قال :هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن إلى هنا لفظ محمد ، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى والكرخى والطحاوى فى مختصريهما ،وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ، وكذلك ذكر شمس الأئمة البيهقى فى الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول : قال الإمام الزيلعى : بل يرد حصة

الدعوة لايحتمله فينقض البيع لأجله . وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه.أو أجره أوكاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة ، بخلاف الإعتاق والتدبير على مامر ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لايثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كإعتاقه .

الدعوة لايحتمله) أى لايحتمل النقض (فينتقض البيع لأجله) أى لأجل ما للبائع من حق الدعوة . قال المصنف (وكذا) أى وكحكم المسئلة السابقة الحكم (إذا كاتب الولد)أى إذا كاتب المشترى الولد(أو رهنه أو آجره أوكاتب الأم) أى كاتب المشترى الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها(أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة) أى ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أى فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لايحتمل النقض . واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير (بخلاف الإعتاق والتدبير)فإنهما لايحتملان النقض(على مامر)آنفا(بخلاف ما إذا ادعاه) أى الولد(المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لايحتمل النقض فصار كإعتاقه) أى كإعتاق المشترى .

قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنّى يتساويان . وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فيتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة ، وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلاحاجة إلى الثانية انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فى السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث، فإن الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الأصل كما سيجىء انتهى .

أقول : .هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها، لأن مدار الكلام فى جنس مانحن فيه من المسائل، على أن الترجيح هل هوفى جانب البائع أو فى جانب المشترى، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق وهوحق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الأم على مامر فى الكتاب وتقرّر ، وقد عبر عنه صاحب العناية هاهنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية ، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشترى فانتظم السؤال

حدث فى الولد ما يلحقه الفسخ لايمنع الدعوة فيه ، وعلى هذا إذا باع عبدا ولد عنده يعنى كان أصل العلوق فى ملكه ثم باعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض ، وما للبائع من حق الدعوة لايحتمله فينقض لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أوكاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لأجل مالا يحتمله ، بخلاف الإعتاق والتدبير لما تقدم ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لايثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كإعتاقه . ولقائل أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنى يتساويان. وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فتساويتان فى أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح . ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة ، وترجيح دعوة المشترى على دعوة

الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض ، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى . وفى غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخى وكفاية شمس الأئمة البيهقى أنه يقسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد(قوله ولقائل أن يقول الثابت الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الأصل كما سيجىء آنفا .

قال (ومن ادّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصوّر علوق الثانى حادثا لأنه لاحبل لأقل من ستة أشهر. وفى الجامع الصغير : إذاكان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى، لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر ، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان ، فتبين أن عتق المشترى وشراءه لا فى حرية الأصل فبطل .

والجواب وإن كان فى تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر فى بطن واحد، يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان ، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأنثى توأمة ، كذا فى المغرب . ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسى ذكر فى المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح فى اللغة ، حتى لوقال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة ، كذا فى النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أى ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب أحدهما (لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا أى كونهما من ماء واحد (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا) أى بعد ولادة الأول (لأنه لاحبل لأقل من ستة أشهر) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ولا يتصور علوق الثانى على علوق الأول لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم ، كذا فى الكافى وغيره ، وكأن المصنف لم يتعرّض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمرا معلوما فى غير هذا الفن (وفى الجامع الصغير) قال فى العناية : ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد إعتاق المشترى انتهى . وقال فى معراج الدراية ، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهى قوله ولدا عنده ، وفيه إشارة إلى كون العلوق فى ملك المدعى انتهى (إذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل ، كذا فى العناية . قال المصنف فى التعليل (لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه) أى فى أن يصادف العلوق والدعوة ملكه ، فإن فى قوله ولداعنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه ، وفى قوله ثم ادعى البائع الذى فى يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الأصل) جواب للما ثبت نسب الولد الذى عنده : أى ثبت حرية الأصل فى هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أى فيثبت نسب الولد الآخر الذى كان باعه وأعتقه المشترى (وحرية الأصل فيه) أى ويثبت حرية الأصل فى ذلك الولد أيضا (ضرورة لأنهما توأمان) وهما من ماء واحد (فتبين أن عتق المشترى وشراءه لا فى حرّ الأصل فبطل) أى فبطل كل واحد من عتقه وشرائه . قال فى الكافى : وكان هذا نقض الإعتاق بأمر

البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة إلى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر . وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد إعتاق المشترى ، قال شمس الأئمة السرخسى : يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان . قوله (وبطل عتق المشترى) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق ، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر ، وقد تقدم الكلام

(قوله لاشتمالها على صورة الخ) أقول : ولاشتمالها على زيادة وهى قوله ولدا عنده والقدورى ساكت عنها ، وجواب مسئلة الجامع مبنى على هذه الزيادة (قوله قال شمس الأئمة : يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول : وفى المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان ، وقولهم ، هما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأنثى توأمة انتهى. فما فى المغرب يخالف ماذكره شمس الأئمة السرخسى (قوله وقد تقدم الكلام) أقول : فى الصحيفة السابقة .

بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حريةُ الأصل فافترقا (ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى

فوقه وهى الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى (بخلاف ما إذا كان الولد واحدا) حيث لايبطل فيه إعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه كما مر (لأن هناك) أى فى مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أى فى الولد (مقصودا) يعنى لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق فى الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لايجوز لما تقدم أن حق الدعوة لايعارض حقيقة الإعتاق (وهاهنا) أى فى مسئلة التوأمين (يثبت تبعا لحريته فى حرية الأصل) أى يثبت بطلان إعتاق المشترى فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الأصل لاحرية التحرير ، فالضمير فى حريته راجع إلى المشترى بالفتح . وقوله فيه متعلق بقوله يثبت ، والضمير راجع إلى المشترى كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والإبطال ، كذا فى العناية . أقول : هذا شرح صحيح ، إلا أنه يكون فى كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظى بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال : وهاهنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الأصل كما لايخفى ، وكأن متقدمى الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية فى بيان معنى كلام المصنف هاهنا : أى يثبت بطلان إعتاق المشترى بطريق التبعية لحرية المشترى الذى كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : يعنى فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشترى لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الأصلية الثابتة فى الذى باعه اهـ . فإن الظاهر مما بينوا من المعنى أن لايكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل أن يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد . أقول : لعل المحذور فيه أشد من الأول ، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشترى لايبقى احتمال أن لايكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله تثبت ، وإلا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذى ذكروه لغوا من الكلام ، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وهاهنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الإضافة كما لايخفى (فافترقا) أى فافترق مانحن فيه من مسئلة التوأمين ، وما إذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصدا ، وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا ، وكم من شىء يثبت ضمنا وتبعا ولايثبت أصالة وقصدا . قال فى معراج الدراية : إلى هذا أشار قاضيخان والمرغينانى فى فوائده والسرخسى فى جامعه . وقال فى النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال : أو نقول فى مسئلتنا لايبطل عتق المشترى الذى يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما فى يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشترى لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حر الأصل وتحرير الحر باطل لأن فيه إثبات الثابت ، وذلك لايصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق فى ملكه) يعنى أن الذى ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق فى ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق فى ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذى

فيه سؤالا وجوابا . قوله (بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا) يعنى على تقدير تصحيح الدعوة من البائع ، وقد تقدم أن حق الدعوة لايعارض الإعتاق (وهنا) أى فى مسئلة التوأمين (يثبت) بطلان إعتاق المشترى فى المشترى (تبعا لحريته فيه حرية الأصل) لاحرية التحرير فالضمير فى لحريته راجع إلى المشترى بالفتح . وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت ، والضمير للمشترى كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا ، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والإبطال (ولو لم يكن أصل العلوق فى ملك المدعى يثبت نسب الولد الذى

(قال المصنف : وهنا يثبت تبعا لحريته) أقول : وكم من شىء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت قصدا وأصالة (قوله يثبت بطلان إعتاق المشترى فى المشترى) أقول : قوله فى المشترى متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشترى كذلك) أقول : أى للمشترى بالفتح (قال المصنف : ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول : قال الزيلعى : بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لأنهما لايفترقان فيه ، لكن لايعتق الذى ليس فى ملكه انتهى . وهذا الاحتمال لايلائم مانحن فيه .

عنده ، ولا ينقض البيع فيما باع)لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته . قال(وإذا كان الصبىّ فى يد رجل فقال هو ابن عبدى

عنده) أى ثبت نسب الولد الذى عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لأن التوأمين لاينفكان نسبا (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشترى فيه (لأن هذه) أى لأن دعوة البائع هاهنا (دعوة تحرير) لادعوة استيلاد (لانعدام شاهد الاتصال) أى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق فى ملكه ، ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على محل ولايته) أى إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه عليه فحسب ، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لايعتق الذى عند المشترى على البائع ، كذا فى الكافى . وقال كثير من الشراح فى شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ ، لأنه لما لم يكن أصل علوقهما فى ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حرّ ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حرّ كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته ، فكذا دعوة التحرير . أقول : يرد على قولهم فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حرّ أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعذر إعمال الحقيقة ، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه . وتفصيل المقام أنه قد مرّ فى كتاب العتاق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابنى ، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه . وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، فإن كان له نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر إعماله فى حقيقته ، وإن قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة ، وقالا : لايعتق وهو قول الشافعى . لهم أنه كلام محال فيردّ ويلغو . ولأبى حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوّة فى المملوك سبب لحريته وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوّزا ، ولأن الحرية ملازمة للبنوّة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ماعرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء انتهى . فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما إذا قال لغلام هذا ابنى إنما يكون فى صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهى : أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولايكون معروف النسب ولكن يجرى اللفظ فى هذه الصورة على حقيقته . وأما فى الصورتين الأخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لايثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا كان الصبىّ فى يد رجل قال) أى ذلك الرجل (هو) أى الصبىّ (ابن عبدى

عنده ولا ينتقض البيع فيما باع) لأنه لما لم يكن أصل العلوق فى ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعى ، فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حرّ دعوة تحرير ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير . ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال ، إذ الكلام فيه . وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعى إذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه ، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصبح مع دعوة التحرير . قال (وإذا كان الصبىّ فى يد رجل الخ) إذا كان الصبىّ فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الأوقات لاحالا ولا مستقبلا . أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير ، وأما استقبالا فلأن الغائب لايخلو حاله عن ثلاث : إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب . ففى الوجه الأول والثالث لاتصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقرّ له فبقى إقراره

(قوله فكان قوله هذا ابنى مجازا الخ) أقول : فيه بحث ، لأنه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذى ليس عنده ، بل نسب الذى عنده والمصرح خلافه فليتأمل ، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبرا بعد خبر ، وقوله مجازا حال .

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبي حنيفة (وقالا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتدّ بالرد وإن كان لايحتمل النقض ؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أي لم يكن ذلك الصبيّ ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : يعني سواء صدقه العبد الغائب أوكذبه أو لم يعرف منه تصديق ولاتكذيب . وقال تاج الشريعة : يعني وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه . أقول : لايخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وإن جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة ، اللهم إلا أن يحمل على التأكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه مافيه ، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا : أي في وقت من الأوقات لاحالا ولا مستقبلا حيث قال في تقرير المسئلتين: وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أوابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لاحالا ولا مستقبلا انتهى . أقول : الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لوجوه : أحدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر . وثانيها أن الأبد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهوعموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مصروفا عنه إلى عموم الأحوال كما ترى . وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الأول فإن المقرّ له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول : أعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما ، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت مّا فلا فائدة في التقييد بالغائب على إرادة عموم الأحوال . وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى : أعني الحال والأوقات المستقبلة فهما : أي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لايتصوّر الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقرّ به المقر ، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر ، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما ، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبيّ ابن المقرّ بوقت لايتصور فيه الجحود من المقرّ له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر ، فلو أطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقرّ له حاضرا فقط ، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقرّ له غائبا عبارة ، وثبوته عند كونه حاضرا أيضا دلالة ، فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى . ثم اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبيّ في يده ، وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أي حكم المسئلة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله . وفي المبسوط : لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقالا : إذا جحد العبد فهو) أي الصبيّ (ابن المولى) يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال) أي إذا قال الذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا ، كذا في غاية البيان (لهما أن الإقرار) أي الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب (ارتدّ برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار) أي فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه (والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لايحتمل النقض) أي وإن كان النسب لايحتمل النقض (ألا يرى أنه) أي الإقرار بالنسب (يعمل فيه الإكراه والهزل) حتى لو أكره ببنوة عبد فأقرّ بها لايثبت النسب ، وكذا لو

وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقالا : الإقرار بالنسب يرتد بالردّ ، ولهذا إذا أكره على الإقرار بنسب عبد فأقرّ به لايثبت ، وكذا لو هزل به ، فإذا ردّه العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقرّ لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن الولاء يتحوّل

(قال المصنف : ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل) أقول : وإن كانا لايعملان فيما لايحتمل النقض .

فصار كما إذا أقرّ المشترى على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه . ولأبى حنيفة أن النسب مما لايحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لايرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته . كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ،

أقرّ بها هازلا . (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقرّ المشترى على البائع بإعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحوّل الولاء إليه) أى فإنه يتحوّل الولاء إلى المشترى وصار كأنه لم يقرّ أصلا (بخلاف ما إذا صدقه) أى بخلاف ما إذا صدق المقرّ له المقرّ فى مسئلتنا حيث لايصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لأنه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقرّ له إياه (نسبا ثابتا من الغير) وهو لايصح (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لايصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لأنه تعلق به) أى بالصبىّ (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أى على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة ، فإنه لايثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه) يعنى أن الاحتمال جانب التصديق تأثيرا فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيرا فى ولد الملاعنة (ولأبى حنيفة أن النسب مما لايحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والإقرار بمثله) أى بمثل مالا يحتمل النقض بعد ثبوته (لايرتدّ بالرد) يعنى وما كان كذلك فالإقرار به لايرتد بالردّ : أى لايبطل بالتكذيب ، كمن أقرّ بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لايبطل إقراره ، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الإمام قاضيخان وذكر فى الشروح (فبقى) أى فبقى الإقرار فى حق المقر وإن لم يثبت فى حق المقر له ، كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أى فتمتنع دعوة المقرّ بعد الرد أيضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أى ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لاتصح دعوته . واعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال : وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعلر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى . فاقتفى المصنف أثره فأوردها هاهنا كذلك . وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فقد ذكر أنها أيضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد : وعلى هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لاتقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما انتهى (وهذا) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لايرتد بالرد (لأنه تعلق به) أى بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أى من المقر له ،

إليه ، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لايصح ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لايثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه . ولأبى حنيفة أن النسب مما لايحتمل النقض بعد ثبوته ، وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك فالإقرار به لايرتد بالرد ، لأن الإقرار به يتضمن شيئين : خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق ، وتعلق حق المقرّ له به ، وبتكذيب العبد لايبطل شىء منهما . أما الأول فلأن تكذيبه لايمس جانبه لما قلنا . وأما الثانى فلأنه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضا وهو لايقدر على إبطاله . ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة

(قوله بخلاف ما إذا صدقه) أقول : أى صدق المقر له بالنسب المقر (قال المصنف : ولأبى حنيفة أن النسب الخ) أقول : ولا جواب فيما ذكره عن قولهما ، ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل (قوله لعدم احتمال النقض) أقول : فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثانى فلأنه الخ) أقول : لايخفى عليك عدم ملايمة الشرح للمشروح (قال المصنف : ثم ادعاه لنفسه) أقول : فإنها لاتصح ، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لايقبل عنده خلافا لهما (قال المصنف : وهذا لأنه تعلق به حق المقر له) أقول : قال الإتقانى : إشارة إلى قوله لايحتمل النقض انتهى . وفيه بحث ، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ، و مسئلة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب . وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به ، بخلاف النسب على مامر .

ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لاتصح دعوة المقركما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه إلى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد . هكذا ينبغى أن يشرح هذا المقام ، ولا يلتفت إلى ما فى العناية وغيرها مما لايساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لايخفى على ذى فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) إشارة إلى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بأنها أيضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) صورة : معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا فجنى الأولاد كان عقل جنايتهم على موالى الأم لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الأم . فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ذكره قاضيخان ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع ؛ وإنما سماه موقوفا لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب ، كذا فى النهاية وغيرها (ما هو أقوى وهو دعوى المشترى) لأن الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك ، كذا فى العناية وأكثر الشراح . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق . قال فى الكافى : إن المشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق ماباعه وكذبه البائع فإنه لايبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى. ولا يخفى دلالته على ماقلناه ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : بحثه ظاهر السقوط ، لأن المشترى إنما أقر أولا بأن مااشتراه معتق البائع لابأنه معتق نفسه وقد كذبه البائع ، وهذا لاينافى قيام الملك له فى الحال : أى فى حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانيا ، وإنما لايقوم الملك له فى الحال لو كان أقر ابتداء بأنه معتق نفسه ، أو كان أقر بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس . وأما ماذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال : ومسئلة الولاء على هذا الخلاف . ولا يخفى أن مبنى الكلام هاهنا على تسليم كون بطلان الإقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ ، وحينئذ لاشك فى قيام الملك للمشترى إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فيبطل به) أى يبطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذى هو دعوى المشترى (بخلاف النسب) يعنى أنه لايبطل باعتراض شىء أصلا (على مامر) وهذا إشارة إلى قوله إن النسب مما لايحتمل النقض بعد ثبوته ، وعليه أخذ أكثر الشراح . قال فى الكافى : بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فإنه لايثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى.

أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإنها لاتصح ، وكذلك أوردها المصنف ، وذكر الإسبيجابى أنها على الخلاف لاتقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما. قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استشهادهما بها بأنها على الخلاف فلا تنهض شاهدة . سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب وصورته معروفة ، وإنما لايبطل إذا تقرر سببه ولم يتقرر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا ، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشترى لأن الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل ، بخلاف النسب على مامر أن النسب مما لايحتمل النقض ، وهذا يصلح مخرجا : أى حيلة على أصل أبى حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشترى عليه الدعوة بعد ذلك

لايرتد بالرد (قوله ولم يتقرر لأنه الخ) أقول : تأمل فى صحة هذا التعليل فإن سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه (قوله لأن الملك له قائم فى الحال) أقول : فيه بحث ، كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق . قال فى الكافى : إن المشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى . ولا يخفى دلالته على ماقلنا فليتأمل .

وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ) لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضا ، ولا تعارض لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها

وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا . والحاصل أن النسب ألزم من الولاء ، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أي إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أي حيلة (على أصله) أي على أصل أبي حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أي يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أي فإنه يقطع دعوى البائع (بإقراره بالنسب لغيره) قال الإمام المحبوبي : صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقرّ البائع بكون الصبيّ ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده . وفي الفوائد الظهيرية : الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل أن يقرّ البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ، كذا في النهاية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها : هو ابن النصراني إذا كانت الدعوتان معا ، فكان قوله معا إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبدا للمسلم ، كذا في النهاية : قال المصنف (لأن الإسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضا) يعني أن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعارضا (ولا تعارض) أي لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا (لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر) يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه) أي وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالإسلام تبعا) أي ينال الحكم بالإسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة ، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام ، وهو الحقيق عندي أيضا بأن

فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني ، وهو حرّ لأن الإسلام مرجح أينما كان ، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب ، ونظاره فيما ذكرنا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام : أي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية ، إذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ـ ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوى ؛ ألا ترى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده . ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع ، وكفر الآباء جحود والأصل عدمه ؛ ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق ؛

(قال المصنف : إذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول : الظاهر أن يقال دلائل الإسلام لأن بمجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام (قوله ولقائل أن يقول : هذا مخالف الخ) أقول : فيه بحث . لأنا لا نقول إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل (قوله لأن دعوته لا تحتمل الخ) أقول : هاهنا نوع مصادرة .

. . . .

يراد من هذا الكلام . قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال : ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ـ ولعبد مؤمن خير من مشرك ـ ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوى ؛ ألا يرى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم فى الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ـ ولعبد مؤمن خير من مشرك ـ بأن قال فيه بحث . لأنا نقول : إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول : كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية ، وكسب الإسلام فى وسعه دون كسب الحرية ، فالنظر للصبى يقتضى الحكم بحريته انتهى . أقول : ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض ، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقا خير من المشرك وإن كان حرا . أما على كون الأمة والعبد فى قوله تعالى ـ ولأمة مؤمنة خير من مشركة ـ وقوله تعالى ـ ولعبد مؤمن خير من مشرك ـ محمولين على ظاهرهما : أعنى الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين فى تفسير ذلك المقام من النظم الشريف : يعنى أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية ، فإن شرفها لايجدى نفعا مع الكفر ، ودناءة الرق لاتضر مع شرف الإيمان انتهى ، فالأمر ظاهر . وأما على كون الأمة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمته عامين للحر والحرة أيضا كما ذهب إليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا فى تفسير الآيتين المذكورتين : أى ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة ، وكذلك ـ ولعبد مؤمن ـ لأن الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى ، فلأن الرقيق المؤمن يندرج حينئذ فى عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وإن كان حرا . ودلالة ظاهر الدليل المذكور فى مسئلتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان فى وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب ، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور . ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لاتحتمل النقض فتعارضت الآيتان . وفى الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود والأصل عدمه ؛ ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لايلزم رق فيقلع منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة انتهى . أقول : فيه بحث لأن كون مدعى النسب أبا أول المسئلة فذكره هاهنا مؤد إلى المصادرة ، وقوله لأن دعوته لاتحتمل النقض ليس بشىء ، لأن دعوته إنما لاتحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا . وقوله وفى الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هاهنا ، لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لاشبهة فيه لأحد ، لكن الكلام فى أن ما يؤدى إلى الإلف بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لايخفى . ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا فى شرح قول المصنف ولا تعارض : أى بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر انتهى . فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافى حيث قال : ولو كان صبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو حر . بن النصرانى إذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى . والفرق أنهما فى دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه ، وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين : أى دعوى الرق ودعوى النسب ، لأنه يجوز أن يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالإسلام انتهى . أقول : فيه نظر لأن الذى يدعيه النصرانى فى مسئلتنا هو بنوة الصبى له حرا لا مطلق بنوته له ، وأن الذى يحكم به له هو ثبوت نسب الصبى

وبترك الحضانة لايلزم رق فيقلع منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة .

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوّة فالمسلم أولى) ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين . قال (وإذا ادّعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدّق إلا بحجة ،

منه حرا كما صرح به فى وضع المسئلة لاثبوت نسبه منه عبدا للآخر وإلا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا. بل لايتصور النزاع بينهما رأسا ، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب . ثم إن فى تحرير المصنف مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن قوله لأن نظر الصبىّ فى هذا أوفر الخ لايصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى . فكأن صاحب الكافى تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير : ألايرى أن الترجيح بالإسلام واجب فى النسب نظرا للصغير ونظر الصبىّ فى هذا أوفر الخ . أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر فكأنه غافل بالكلية . وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال : فعلى هذا يكون قوله لأن نظر الصبىّ فى هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصرانى لا دليلا على نفى المعارضة ، وقال : كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى . لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصرانى وهو حرّ بقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض ، فلو كان قوله لأن نظر الصبى الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر بالواو : اللهم إلا أن يحمل الثانى على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أى دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين) أى للصبىّ . ونوقض هذا بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البينتين وإن استويا فى إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقا لنفسه لأن معظم المنفعة فى النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لايعيران بعدم الولد ، وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى ، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام فى الترجيح لا محالة . والجواب أنه تقوّى بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » لأنه أشبه المدعين لكونه يدعى حقا لنفسه ، كذا فى العناية . أقول : ولقائل أن يقول : إن تقوّى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص ، منها قوله صلى الله عليه وسلم « الإسلام يعلو ولا يعلى » (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف : اقتفاء أثر عامة المشايخ فى تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لأنها تدعى تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدّق إلا بحجة) يعنى أن المرأة تقصد إلزام النسب على الزوج والإلزام لابد له من الحجة ، وسبب لزوم النسب وإن كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح

هذا ، والله أعلم بالصواب . (ولو كانت دعوتهما دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان فى البنوّة ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البينتين وإن تساوتا فى إثبات النسب بفراش النكاح ، لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقا لنفسه لأن معظم المنفعة فى النسب للولد دون الوالدين . لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لايعيران بعدم الولد ، وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى . وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام فى الترجيح لامحالة . والجواب أنه تقوّى بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » لأنه أشبه المدعين لكونه يدعى حقا لنفسه . قال (وإذا ادعت المرأة صبيا الخ) إذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فإما أن تكون ذات زوج أو معتدّة أو لا منكوحة ولا معتدة ، فإن كانت ذات

(قوله ولم يترجح جانب الإسلام) أقول : بل ترجح خلافه .

بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب فيثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مرّ في الطلاق ، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها .

لا يوجب الولادة لا محالة ، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة ، كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة (لأنه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ : تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارّة (لأن الحاجة إلى تعيين الولد) بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال ، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت منكوحة ، أما إذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالا : يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مرّ في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ، هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف . ومنهم من أجرى المسئلة على إطلاقها وقال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا بإطلاق ما ذكر محمد ، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة . وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله إلا بالبينة . وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق إلا ببينة لإمكان إثباته بالبينة ، ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الإثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج إليها ، كذا في الشروح . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال إلا أنه يمكنه

زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة ، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة ، وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ، وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالا : يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مرّ في الطلاق ، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ، وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة . ومنهم من قال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا . والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعي أمرا لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة ، وكل من يدعي أمرا يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة ، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة ، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها ، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما ،

(قوله والفرق الخ) أقول : يعني الفرق بين الرجل والمرأة .

(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدّقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبيّ فى أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدّق عليه ، وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقرّ له فى نصيب المقرّ لأن المحل يحتمل الشركة ، وهاهنا لايدخل لأن النسب لايحتملها .

إثبات النسب ، إذ قد تقرّر فى كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به فى مواضع عديدة: منها النسب ، وليس من ضرورة ادّعاء الرجل ولدا أنه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه البتة ، وإلا لما تيسر إثبات دعوة البنوّة من الرجل أصلا : أى ولو كان هناك منازع شرعى ، إذ لايمكنه إثبات الإعلاق والإحبال قطعا ، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين فى بنوّة ولد وإثباتها شرعا أكثر من أن تحصى ، فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوّة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه ، فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضا إقامة البينة على الأصل المذكور فى وجه الفرق فلا يتم المطلوب . وأما ثانيا فلأن الوجه المذكور للفرق المزبور مما لايجدى فى مسئلتنا ، لأن كون المدعى مما يمكن للمدعى إثباته بالبينة إنما يقتضى احتياج المدعى إلى إقامة البينة إذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما فى الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة فى مسئلتنا وإن كان مما يمكنها إثباته بالبينة كما بيّن إلا أنه مما لم ينكره أحد ، لأن كلامنا فيما إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة ، ولهذا قال المصنف فى تعليل المسئلة : لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها انتهى . فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البينة فتدبر (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أى ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) أى وصدق (الزوج) إياها (فهوابنهما وإن لم تشهد امرأة) أى وإن لم تشهد امرأة على الولادة : يعنى لاحاجة هاهنا إلى شهادة القابلة (لأنه) أى الزوج (التزم نسبه) أى نسب الولد (فأغنى ذلك عن الحجة) لأن النسب يثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ، ومع دعوى المرأة أولى ، وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وإن كان الصبى فى أيديهما) أى فى أيدى الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أى زعم الزوج أن الصبيّ ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أى وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أى كان الصبى ابنهما معا هذا إذا كان الصبيّ لايعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه . كذا فى عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية إلى شرح الطحاوى ، ثم إن هذه المسئلة المذكورة فى الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا . قال المصنف فى تعليلها (لأن الظاهر أن الولد منهما) أى من الزوجين اللذين كان الولد فى أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول : فيه شىء ، وهو أن قيام الفراش بينهما لايدل على تعيين الولد ، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد : أى بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ، ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنها إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا ، ففى مسئلتنا أيضا ينبغى أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أى من الزوجين (يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أى على صاحبه : يعنى لايقبل قوله فى حق صاحبه (وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لايصدق واحد منهما فى إبطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (إلا أن هناك يدخل المقرّ له فى نصيب المقر) أى يصير ما حصل للمقرّ بينه وبين المقرّ له نصفان (لأن المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة ، وهنا لا يدخل لأن النسب لايحتملها) اعلم أن المناقضة فى دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى ، حتى أن

(ولو كان الصبىّ فى أيديهما) أراد صبيا لايعبر عن نفسه ، فأما إذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه

قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ،

الصبي إذا كان فى يد امرأة فقال رجل هو ابنى منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه ، وكذا لو قال هو ابنى من نكاح منك وقالت هو ابنك منى من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما فى النكاح ، فإن قالت بعد ذلك : هو ابنك منى من نكاح يثبت لما قلنا إن المناقضة لاتبطل دعوى النسب ، كذا ذكره الإمام التمرتاشى . وذكر فى الإيضاح أن دعوى النسب إنما لاتبطل بالتناقض لأن التناقض إنما يكون بين المتساويين ولا مساواة ، فإن دعوى النسب أقوى من النفى . وذكر فيه أيضا : إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج ، لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبى فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب ، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لأن الفراش قد وجد ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : الذى نقل عن الإيضاح أولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتأمل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده) يعنى ولدت ولدا من المشترى (فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أىّ سبب كان ، وكذا إذا تزوّجها على أنها حرّة فولدت له ثم استحقت نص عليه الإمام الزيلعى فى شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لأنه ولد المغرور ، فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين) بأىّ سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية ، كذا فى معراج الدراية وغيرها (أو نكاح) عطف على يمين . والمعنى أو معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) أى تلد المرأة ممن يطؤها (ثم تستحق) بأن يظهر بالبينة كونها أمة ، هنا تم تفسير ولد المغرور . (وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حرّ الأصل ، ولا خلاف أيضا بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا فى كيفية ضمانه ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : يفكّ الغلام بالغلام والجارية بالجارية : يعنى إن كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها . وقال على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه : عليه قيمة الولد ، وإليه ذهب أصحابنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لايكون مضمونا بالمثل . وتأويل حديث عمر رضى الله تعالى عنه : يفكّ الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، كذا فى العناية . أقول : يرد على ظاهره أن اختلاف السلف فى كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضى الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافى ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة ، فكيف يصلح ماذكر فى العناية لأن يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ؟ ويمكن الجواب عنه بأن يقال : إن اختلافهم فى كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضى الله عنه : يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية . فحاصل الشرح

وباقى الكلام ظاهر . قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور ، والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حرّ بالقيمة بالإجماع فإنه لاخلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حرّ الأصل . ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا فى كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية : يعنى إذا كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها . وقال علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه : عليه قيمتها ، وإليه ذهب أصحابنا ، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لايكون مضمونا بالمثل ، وتأويل الحديث : الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، ولأن النظر من

(قوله وتأويل الحديث) أقول : أى على تقدير أنه حديث ، والله أعلم .

ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرّ الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما . ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع كما فى ولد المغصوبة ، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شىء على الأب) لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الأب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته ،

والبيان هاهنا أن السلف وإن اختلفوا فى كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع فى الحقيقة بتأويل كلام عمر رضى الله عنه وتبيين مرامه على وفق مايقتضيه النص الدالّ على أن الحيوان لايكون مضمونا بالمثل (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح فى الشرع فاستوجب النظر . والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان ، وذا بأن يحيى حق المستحق فى معنى المملوك ويحيى حق المغرور فى صورته ، كذا فى الكافى (فيجعل الولد حرّ الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدّعيه نظرا لهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل فى يده) أى فى يد المغرور (من غير صنعه) أى من غير تعدّ منه . كذا فى العناية (فلا يضمنه إلا بالمنع كما فى ولد المغصوبة) فإنه أمانة فى يد الغاصب عندنا لايضمنه الغاصب إلا بالمنع (فلهذا) أى فلأن المغرور لايضمن الولد إلا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) وذكر فى شرح الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق فى حق المستولد حرا ويعلق فى حق المستحق رقيقا فلا يتحوّل حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حرّا بالقيمة إذا كان المغرور حرّا ، أما إذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد ، وسيجىء ذلك فى كتاب المكاتب كذا فى غاية البيان (ولو مات الولد) يعنى لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شىء على الأب) أى ليس على الأب شىء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصوّر بعد الطلب ، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن ، كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فإنه لايضمن قيمته ، كذا فى الكافى (وكذا لو ترك مالا) أى وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لأبيه فأخذه أبوه لايجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شىء ، لأن المنع لم يتحقق ، لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لأن الإرث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه ، لأنه) أى الولد (حرّ الأصل فى حقه) أى فى حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل : الولد وإن كان حرّ الأصل فى حق أبيه إلا أنه رقيق فى حق مدعيه فينبغى أن يكون المال مشتركا بينهم . قلنا : الولد علق حرّ الأصل فى حق المدعى أيضا ، ولهذا لايكون الولاء له . وإنما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لايعدو موضعها ، كذا فى الشروح والكافى . أقول : ينافى هذا الجواب ظاهر ما ذكر فى شرح الطحاوى على مانقلناه آنفا فليتأمل فى التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الأب يغرم قيمته) أى يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره

الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حرّ الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل فى يده من غير صنعه : يعنى من غير تعدّ منه فكان كولد المغصوبة أمانة لايضمن إلا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع ، وأنه لو مات الولد لايضمن الأب قيمته لانعدام المنع ، وأنه لو ترك مالا لايضمن أيضا لأن المنع لم يتحقق لاعنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل فى حقه فيرثه . لايقال : ينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما لأنه حرّ الأصل فى حق أبيه رقيق فى حق المدعى لأنه علق حرّ الأصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لايكون الولاء له ، وإنما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة ، والثابت بالضرورة لايعدو موضعها ، وأنه لو قتله الأب ضمن قيمته لوجود المنع ، وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه ، ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له

لأنّ سلامة بدله له كسلامته ، ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه ، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع ، والله أعلم بالصواب .

فأخذ ديته) أى فأخذ الأب ديته (لأن سلامة بدله له) أى لأن سلامة بدل الولد وهو ديته للأب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان حيا) وأما إذا لم يأخذ الأب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لأنه لم يمنع الولد أصلا : أى لاحقيقة ولا حكما ، نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير . وذكر فى المبسوط : فإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة . لأن المنع لم يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل ، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق ، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد ، كذا فى النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أى ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لأنه أى بائعه (ضمن له) أى للمشترى (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق ، كذا فى معراج الدراية ، ويساعده تقرير صاحب النهاية . أقول : يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لاشبهة فى أن البائع ضامن للمشترى سلامة المبيع عن العيب ، إلا أن المبيع فى مسئلتنا هى الأم دون الولد فلا يتم التقريب ، فكأن كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا فى بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته : يعنى أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى . أقول : ويرد على هذا الشرح أن البائع إنما ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لابجزئه الذى يحدث بعد البيع ، لأن مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح إدخال المعدوم فى عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ، ولا شك أن الولد فى مسئلتنا ممن حدث بعد البيع . والحق عندى فى هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين ويقال فى بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشترى سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الأم عن العيب ، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لأن من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حرّ الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية : أى بالثمن الذى أداه المشترى إلى البائع فالضمير للمشترى . وقيل بثمن المشترى إذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى . واختار صاحب العناية من بين هذه المعانى الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال : كما يرجع بثمنه : أى بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى . وأقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه هاهنا ، ولكن فى تذكير الضمير هاهنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها : ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير : أى ورجع بقيمة الولد كثمن الأم (بخلاف العقر) يعنى أن المغرور لايرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أى لأن العقر (لزمه) أى لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة : أى منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا ، والوطء فى ملك الغير لايجوز أن يسلم للواطئ مجانا ، كذا فى النهاية وغيرها .

سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه : أى بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها ، بخلاف العقر فإنه لايرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الإقرار)

(كتاب الإقرار)

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لايخلو إما أن يقرّ أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح ،قال الله تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لايخلو إما أن يسترّبح منه أو لا ، فإن استرّبح فلا يخلو إما أن يسترّبح بنفسه أو بغيره ، وقد ذكر استرّباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هناك بما قبله ، وذكر هاهنا استرّباحه بغيره وهو المضاربة ، وإن لم يسترّبح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة ، كذا فى الشروح . ثم إن محاسن الإقرار كثيرة : منها إسقاط واجب الناس عن ذمته ، وقطع ألسنتهم عن مذمته . ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق . ومنها إحماد الناس المقرّ بصدق القول ووصفهم إياه بوفاء العهد وإنالة النول . ثم إن هاهنا احتياجا إلى بيان الإقرار لغة وشريعة ، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة . أما الإقرار لغة فهو إفعال من قرّ الشىء إذا ثبت . فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الإقرار والجحود ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وأما شريعة فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح . وقال فى العناية الإقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن إثبات ما كان متزلزلا . وفى الشريعة : عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق انتهى. أقول : لقد أصاب صاحب العناية فى بيان معنى الإقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة . أما الأول فلأن أخذ الإقرار فى تعريف معنى الإقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤدّيا إلى المصادرة مما يختل به المعنى ، إذ لا معنى

(كتاب الإقرار

قال فى النهاية : ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجه على المدعى عليه فأمره لايخلو ، إما أن يقرّ أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة

(كتاب الإقرار)

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله الذى أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله ، والصلاة على سيدنا محمد الذى ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شانه وصدق مقاله ، وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلاله المجتهدين فى تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فإن الأستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة فى المبسوط : وهى رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق فى تصحيحها وحقق فى توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل ، وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الإقرار ، ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة فى الزمان السابق ، فلما انتهينا إلى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة بين الأوراق بالتمام ، فحررناها تبركا وتيمنا فى أول ذلك الكتاب ، ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب ، وهذا نص عبارة الأستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم ، نسألك أن تصلى وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم ، وترشدنا إلى سبيل السداد والصواب ، وتهدينا إلى الصراط المستقيم .

: . . . .

لكون إثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لايخفى . وأيضا الظاهر أن الإقرار فى اللغة ليس بمخصوص بإثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين ، بل هو عام لإثبات كلّ ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه مأخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوث مطلقا . وأما الثانى فلأن الإخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضا ، وإنما يمتاز الإقرار الشرعى عنهما بقيد للغير عن نفسه فإن الدعوى إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير ، والشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير ، فإذا زيد فى تعريف الإقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عند الدعوى والشهادة. وأما إذا أطلق وقيل هو عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول : فى تعريف العامة أيضا شىء ، أما أولا فلأنه قد تقرر فى كتب الأصول أن التصرفات إما إثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها ، وإما إسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها . ولا يخفى أن الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لايصدق على الإقرار بقسم الإسقاطات مطلقا فيلزم أن لايكون تعريفهم المذكور جامعا . وأما ثانيا فلأن إقرار المكره لآخر بشىء من الحقوق غير صحيح شرعا على ماصرحوا به ، مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لايكون تعريفهم المزبور مانعا . ويمكن أن يجاب عن الثانى بأن كون إقرار المكره غير صحيح شرعا ، إنما يقتضى أن لايكون صحيحا شرعا لاأن لايكون إقرارا مطلقا فى الشرع ، فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف مايطلق عليه الإقرار فى الشرع سواء كان صحيحا أو فاسدا ، وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والإجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد ، حتى أن كثيرا منهم تركوا قيد التراضى فى تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به فى موضعه . وأما سبب الإقرار فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب . وأما شرطه فسيأتى فى الكتاب . وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجبا الإقرار . وأما حكمه فظهور ما أقرّ به لا ثبوته

مستدعية للصلح ، قال الله تعالى ـ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ـ وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال بماله لايخلو إما أن يستربح منه أو لا ، فإن استربح منه فلا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره ،

رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم ، فأنكر وقال كان دينى لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها إليك وأديتها لك ، فقال : تلك الخمسة آلاف التى أديتها هل هى من تلك الاثنى عشر ألفا ؟ فقال نعم هى منها ، فهذا إقرار بالاثنى عشر ألفا لظهور أن إشارة المدعى فى الاستفهام إلى الاثنى عشر ألفا الذى كان موصوفا بالوجوب فى ذمة المدعى عليه ، وإلا لكان كلامه لغوا محضا لافائدة فيه ، وكلام العاقل لايحمل على اللغو إلا إذا تعذر حمله على الصحة كذا فى المبسوط فى باب مايكون إقرارا ، فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هى منها بإثبات لفظ نعم على ما فى بعض صور الاستفتاء ، أو بقوله هى منها بدون لفظ نعم يكون ماتقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هى من تلك الاثناعشر ألفا الذى كان لك على ، فلو صرح بهذا لكان إقرارا فكذا هذا . قال الإمام شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط: رجل قال لآخر اقض الألف التى لى عليك فقال نعم فقد أقر بها ، لأن قوله نعم لايستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ، فكأنه قال نعم أعطيك الألف الذى لك على . ثم قال : وعلى هذا الأصل يبتنى بعض مسائل الباب ، وبعض المسائل مبنية على أنه متى ذكر فى معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لامجيبا إلا أن يذكر فيه ماهو كناية عن المال المذكور فحينئذ لابد من أن يحمل على الجواب ، إلى هنا عبارته . وقال الشيخ قوام الدين الإتقانى فى غاية البيان : الأصل هنا أن ما لايصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فإنه يجعل مربوطا لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لايلغى من كلام العاقل ما أمكن ، وإذا كان يصلح للابتداء ويصلح البناء فإنه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لايلزمه المال بالشك . وفى الكافى للعلامة النسفى : لوقال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى أو قضيتكه فهو إقرار ، لأن الكناية تنصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال : انتقد أو اتزن أو أجل أو قضيت الألف الواجب لك على . وفى شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعى : الأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام ، فكل مايصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا ، وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فإنه يجعل ابتداء لوقوع الشك فى كونه جوابا لئلا يلزم المال بالشك ، فإن ذكر الهاء فى الكناية يصلح جوابا لا ابتداء ، وإذا لم يذكر الهاء لايصلح جوابا فلا يكون إقرارا بالشك . هذا إذا كان الجواب مستقلا ، وإذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون إقرارا مطلقا لأنه غير

ابتداء ؛ ألا يرى أنه لايصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه ؛ والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا ؛ ولهذا قالوا : لو أقرّ لغيره بمال والمقرّ له يعلم أنه كاذب فى إقراره لايحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة ، والملك يثبت للمقرّ له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل بردّه ؛ والمقرّ له إذا صدقه ثم رده لايصح رده ، كذا فى الكافى وغيره . وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه : وحكمه لزوم ما أقرّ به على المقرّ ؛ وعمله إظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء . ويدل عليه مسائل : إحداها أن الرجل إذا أقرّ بعين لايملكه يصح إقراره حتى لو ملكه المقرّ يوما من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له ، ولو كان الإقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لايصح تمليك ما ليس بمملوك له . والثانية أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه ، ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح . والثالثة أن المريض الذى لادين عليه إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبىّ صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم . والرابعة أن العبد المأذون إذا أقرّ لرجل بعين فى يده صح إقراره ، ولو كان الإقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لايجوز فى الكثير . وأما دليل كونه حجة على المقرّ فالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول . أمّا الكتاب فقوله تعالى - وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا - بيانه أن الله تعالى أمر بإملاء من عليه الحق ، فلو لم يلزمه بالإملاء شىء لما أمر به والإملاء لايتحقق إلا بالإقرار ، وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقرّ به كما فى نهى الشهود عن كتمان الشهادة . وقوله تعالى - قال ءأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى قالوا أقررنا - بيانه أنه طلب منهم الإقرار ، ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . وقوله تعالى - كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم - قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه إقرار . وقوله تعالى - بل الإنسان على نفسه بصيرة - قال ابن عباس رضى الله عنهما : أى شاهد بالحق ؛ وأما السنة فما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا بإقراره بالزنا والغامدية باعترافها » ، وقال فى قصة العسيف : واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فأثبت الحد بالاعتراف . والحديثان مشهوران فى كتب الحديث ، فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به ، وإذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلأن يكون حجة فى غيره أولى وأما الإجماع فإن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير . وأما المعقول فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى إلى الصدق والصارف عن الكذب ، لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، ونفسه الأمّارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق الغير ، أما فى حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعى إلى الصدق زواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهرا فيما أقرّ به على نفسه فوجب قبوله والعمل به .

وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك بما قبله ، وذكرهاهنا استرباحه بغيره وهو المضاربة ،

مستقل ، وقد أخرجه جوابا وهو غير صالح له فصار ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه . وذكر الإمام فخر الدين الشهير بقاضيخان : ثم الكلام إذا خرج على وجه الكناية عن المال الذى ادعاه المدعى يكون إقرارا إلى غير ذلك بما ذكر فى الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة ، ثم إذا كان هذا الكلام إقرارا لايغيره الإنكار سابقا كان أو لاحقا بناء على إطلاق الكتب وهى تكفى دليلا لنا فى أمثال ذلك ، ومن ادعى التقييد بعدم سبق الإنكار فعليه البيان والإظهار . ومما يجرى مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك إقرار ماذكر فى أكثر كتب الفتاوى ، وهو لو قال «مرا آدين جمله ينج درم داده نيست» يكون إقرارا بجميع ما ادعى لأن الجملة إشارة إلى ما ادعى من حقه عليه فإنه فى غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها . فإن قيل : قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال « بينج درم داده نيست از انجه دعوى ميكنى» لايكون إقرارا فما الفرق بينهما حتى تكون إحداهما إقرارا دون الأخرى . وفى الخانية : رجل ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن إقرارا ، وكذا لو قال المدعى عليه أخرعنى دعواك شهرا ، أو قال أخر الذى ادعيت لم يكن إقرارا ، ولو قال أخرعنى دعواك حتى يقدم مالى فأعطيكها يكون

قال (وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره.

(قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل بحق لزمه) أى لزم المقرّ (إقراره) أى موجب إقراره أو ما أقرّ به . أقول : يرد عليه النقض بما إذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق مكرها فإنه لايلزمه إقراره ، فكان لابد من ذكر الطائع أيضا . لا يقال : تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الإقرار . لأنا نقول : ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الأحكام كلها ولم يتركهما

وإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه

إقرارا ، ولو قال حتى يقدم مالى فأعطيك دعواك فليس بإقرار انتهى . قلنا : الفرق بين جلى ، فإن اسم الإشارة فى الأولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع ، وفى الثانية إلى المال الواجب فى زعم المدعى كأنه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على . وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه فى زعم المدعى وادعائه ، فإذا أشير إلى المدلول نفسه يكون الكلام الأول كالمعاد ، ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون إقرارا ، وإذا أشير إليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلا يكون إقرارا . فإن قيل : ذكر فى الخانية قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون إقرارا . وفى التاتارخانية والبزازية : إذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا ، أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى الذمة فانتقض ما ذكرتم ، قلنا : لا نسلم الانتقاض ، فإن فى صورة النفى يحتمل توجه النفى إلى جميع ماسبق ذكره كما فى قوله تعالى ـ لايسألون الناس إلحافا ـ وقول الشاعر :

* على لاحب لايهتدى بمناره * قال الإمام شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط فى مسئلة ما لو قال أسرج دابتى هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال لا حيث لايكون إقرارا فى عامة الروايات ، إذ لاجواب هو نفى فيكون موجبه ضد موجب جواب هو إثبات وهو قوله نعم ، فإذا جعل ذلك إقرارا عرفنا أن هذا لايكون إقرارا ، وهذا لأنه نفى جميع ماسبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لأن هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك انتهى ، مع أن قوله لا أعطيكها إقرار فى بعض الروايات . وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور إقرارا بأنه إذا قال هى منه لزمه القول والاعتراف بأنه تقضى خمسة آلاف فهذا إقرار بالمدعى كما فى قوله قضيتك بعضها منها أو أخلت شيئا منها . أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس إقرارا بالألف ، ويجوز أن يجاب بأن لزوم تقييد الإثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم أما خمسمائة فنعم فليتدبر .

(تذييل) قال فى المحيط فى أول باب الإقرار بالبراءة وغيرها : قال هو برىء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة على لاتستعمل إلا فى الديون فلا يدخل تحتها الأمانات. ولو قال من مالى عنده يتناول الأمانات دون المضمونات لأن كلمة عند تستعمل فى الأمانات دون المضمونات ؛ ألا يرى لو قال لفلان عندى ألف درهم كان إقرارا بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء باطلة ، حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لاتصح لأن العين لاتقبل الإسقاط ، فأما ثبوت البراءة عن الأعيان بالنفى من الأصل أو برد العين إلى صاحبه صحيح حتى لو قال لاملك لى فى هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه . وقوله هو برىء من مالى عنده إخبار عن ثبوت البراءة وليس بإنشاء للإبراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفى من الأصل أو الرد إلى صاحبه تصحيحا لتصرفه . وقال فى المحيط فى هذا الباب : لو قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه ، لايبرأ غرماؤه من دونه إلا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا برىء من مالى عليه أو قبيلة فلان وهم حضور ، وكذلك لو قال استوفيت جميع مالى على الناس من الديون لايصح لما عرف فى كتاب الهبة فى باب هبة الابن . وقال فى المحيط فى باب الإقرار بالعتق والكتابة والتدبير : أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لاديانة ، لأن الظاهر أن العاقل صادق فى إقراره وإخباره باعتبار عقله ودينه ، فإذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى لأنه مطلع على الظاهر لاعلى الضمير ، ويصدق ديانة لأن الله تعالى مطلع على ضميره . ولو أقر أنه أعتق عبده هذا ، لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثانى مقامه ، وإقامة الثانى مقام الأول صحيح والرجوع عن الأول لايصح كما فى الطلاق . تمت الرسالة .

(قال المصنف : وإذا أقر الحر البالغ العاقل الخ) أقول : قال الزيلعى : كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ، وفيما فيه تهمة لايؤاخذ فيه فى الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى ، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما إذا أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لاينفذ للحال ، وإذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى . ولا يخالف هذا ماذكره المصنف لأن المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب إقراره فى الحال على ماهو المفهوم من قوله لزمه إقراره لا لصحة الإقرار فليتأمل ، فإن ظاهر قوله ليصح إقراره مطلقا . وقوله لايصح إقراره بالمال ينبو عما ذكرنا ، وباب التأويل مفتوح .

مجهولا كان ما أقرّ به أو معلوما) اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق ، وأنه ملزم لوقوعه دلالة ؛ ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضى الله عنه الرجم بإقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقرّ عن غيره فيقتصر عليه . وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحرّ فى حق الإقرار ،

(مجهولا كان ما أقرّ به أو معلوما) هذا أيضا لفظ القدورى : يعنى لا فرق فى صحة الإقرار ولزومه بين أن يكون ما أقرّ به معلوما أو مجهولا كما سيأتى تفصيله . قال المصنف (اعلم أنّ الإقرار إخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا إنشاء الحق ابتداء لئلا يرد الإشكال بصحة الإقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الإقرار إخبارا عما ثبت فيما مضى لا إنشاء فى الحال كما بيناها فيما مرّ ، ولم يرد بذلك تعريف الإقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضا فلم يكن مانعا عن دخول الأغيار كما زعمه بعض الشراح (وأنه ملزم) أى وأن الإقرار ملزم على المقرّ ما أقرّ (به لوقوعه) أى لوقوع الإقرار (دلالة) أى دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر . وقد أشار المصنف رحمه الله إلى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم بإقراره) أى بإقراره بالزنا (وتلك المرأة) أى وكيف ألزم تلك المرأة وهى الغامدية الرجم (باعترافها) أى باعترافها بالزنا أيضا ، فإذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلأن يكون ملزما فى غيره أولى كذا قالوا . أقول : يرد على ظاهره منع إطلاق هذه الأولوية فإن العبد المحجور عليه يصح إقراره بالحدود والقصاص ولا يصح إقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتى فكان ملزما فى حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتأمل فى الدفع (وهو) أى الإقرار (حجة قاصرة) أى قاصرة على نفس المقرّ غير متعدية إلى الغير (لقصور ولاية المقرّ عن غيره فيقتصر عليه) أى على المقرّ نفسه ، حتى لو أقرّ مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه ، لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم ، بخلاف البينة فإنها تصير حجة بالقضاء والقاضى ولاية عامة فتتعدى إلى الكل ، أما الإقرار فلا يفتقر إلى القضاء فينفذ فى حق المقرّ وحده ، كذا فى الكافى وغيره . واعلم أن هذا لا ينافى ما ذكروا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه ، لأن القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار ، فاتصاف الإقرار بالاقتصار على نفس المقرّ والشهادة بالتعدية إلى الغير لا ينافى اتصافه بالقوة ، واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا) أى فى المال وغيره (فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحرّ فى حق الإقرار) حتى إذا أقرّ بدين لرجل

بغيره وهو الوديعة . قال (وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل) الإقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن إثبات ما كان متزلزلا . وفى الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق ، وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام ، وحكمه أنه ملزم على المقرّ ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به ، فإن المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا ، وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الإقرار والإلزام به فى باب الحدود ، فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا بإقراره والغامدية باعترافها ، فإنه إذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلأن يكون ملزما فى غيره أولى ، وهو حجة قاصرة ، أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم ،

(قوله وفى الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول : لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق لى على فلان وبالإبراء وبإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة ، إلا أن يقال : المعرف هو الإقرار فى الأموال كما يدل عليه ما ذكر فى الدليل المعقول . ووجه التقديم وفيه تأمل . قال الإمام العلامة الكاكى فى شرح قولهم عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق : أى الحق المعين على نفسه انتهى . وفى عبارة التعين تأمل ، إلا أنه لابد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة . وقال الكاكى : وسببه إرادة إسقاط الواجب عن ذمته انتهى . وقال فى النهاية وركنه الألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول : فيه نوع مصادرة ، ويندفع بالتحقيق الذى نذكره بعد أسطر (قوله على المخبر به) أقول : كوجوب المال إذا قال له على كذا (قوله أما حجيته فلما تبين أنه ملزم) أقول : دليل من الشكل الثانى

لكن المحجورعليه لايصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

أو بوديعة أوعارية أوغصب يصح (لكن المحجورعليه لايصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية : وكأنّ هذا اعتذار عن قوله إذا أقرّ الحر ، ولعله لايحتاج إليه لأنه قال : إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شىء اهـ . أقول : ليس ماذكره بصحيح ، إذ قد صرحوا فى مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلا خلاف ، حتى أن الشارح المذكور قال فى أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة : فإن قيل : التخصيص بالذكر لايدل على النفى قلنا : ذلك فى النصوص دون الروايات انتهى . فكيف يصح قوله هاهنا ، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه ، ولو سلم أن لزوم إقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لايقصدنى لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شىء ، إذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج إلى الاعتذار عن ذكره . وقال صاحب العناية : ويصح أن يقال : ليس بمعذرة ، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجورعن الإقرار بالمال دون المأذون له انتهى . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، أما أولا فلأنه لايشك العاقل الناظر إلى قول المصنف وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا الخ فى أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحرلابيان التفرقة بين العبيد . وأما ثانيا فلأنه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع ، إذ لامدخل له فى الفرق بينهم بل هو مخلّ به لأنهم متحدون فى صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص ، فالمحمل الصحيح لكلام المصنف هاهنا على فرض أن لايكون المقصود منه المعذرة إنما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة فى كلام القدورى بأن قيد الحرية شرط صحة الإقرار مطلقا لاشرط صحة مطلق الإقرار ، بخلاف القيدين الآخرين : أعنى البلوغ والعقل تأمل تقف . ثم أقول : بقى بحث فى كلام المصنف ، أما أولا فلأن كون العبد المأذون ملحقا بالحر فى حق الإقرار كما يدل عليه قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقا بالحرّ فى حق الإقرار غير مسلم ، فإنهم صرحوا بأن العبد المأذون لايصح إقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطإ وقطع يد رجل عمدا أو خطأ لأنها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ، ولا شك فى صحة إقرار الحرّ بتلك الأمورفكان العبد المأذون ممن لايصح إقراره مطلقا بخلاف الحرّ، اللهم إلا أن يحمل قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقا بالحر فى حق الإقرارعلى الفرض والمبالغة . وأما ثانيا فلأن إقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ فى حق نفسه ، ويلزمه المال بعد الحرية وإن لم يلزمه فى الحال كما صرح به فى كتاب الحجر ، فما معنى نفى صحة إقراره بالمال هاهنا بقوله لكن المحجور عليه لايصح إقراره بالمال . لايقال : مراده هاهنا أن إقراره بالمال لايصح فى الحال لا أنه لايصح مطلقا فيوافق ماذكره فى كتاب الحجر. لأنا نقول : لاشك أن مقصوده هاهنا توجيه

وأما قصوره فلعدم ولاية المقرعلى غيره وتحقيقه أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا ، والمحتمل لايصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فما يقرّ به على نفسه والتهمة باقية فى الإقرارعلى غيره فبقى على التردد النافى لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحرّ فى حق الإقرار ولكن المحجور عليه لايصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص ، وكان هذا اعتذارعن قوله إذا أقر الحر ولعله لايحتاج إليه لأنه قال : إذا أقرّ الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحر إذا أقرلزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شىء ، ويصح أن يقال : ليس بمعذرة وإنما هولبيان التفرقة بين العبيد فى صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور

(قوله ولعله ، إلى قوله : فلا يرد عليه شىء) أقول : أنت خبير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة فى باب المهر بأن التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بلا خلاف ، فقوله ساكت عنه غير مسلم ، ولو سلم فالسكوت فى هذا المقام يحتاج إلى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول : كونه معذرة هو الظاهر الجلى (قوله وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد) أقول : التفرقة الأولى ليست بين العبيد بل بين إقرارى العبد المحجور ، ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب (قوله وحجر المحجور) أقول : عطف على صحة.

لأن إقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه ، بخلاف المأذون لأنه مسلط عليه من جهته ، وبخلاف الحد والدم لأنه مبقى على أصل الحرية فى ذلك ، حتى لايصح إقرار المولى على العبد فيه ،

اشتراط الحرية فى مسئلة الكتاب ، والمذكور فى جواب هذه المسئلة لزوم الإقرار مطلقا : أى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب . وأيضا عدم اللزوم فى الحال يوجد فى الحر أيضا كما إذا أقر بالديون المؤجلة . وكما إذا أقر لإنسان بعين مملوكة للغير فإنه لايلزمه فى الحال ، وإذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها إلى المقر له ، على أن الذى ذكره المصنف هاهنا عدم صحة إقرار العبد المحجور عليه بالمال لاعدم لزومه ، ولا يلزم من عدم لزوم إقراره بالمال فى الحال كما ذكره فى كتاب الحجر عدم صحة إقراره به فى الحال فلا يتم التوفيق ، اللهم إلا أن تحمل الصحة هاهنا على اللزوم . قال فى البدائع : وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار ، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب المأذون ، وكذا بالحدود والقصاص ، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لاينفذ على المولى للحال حتى لاتباع رقبته بالدين ، بخلاف المأذون ، إلا أنه يصح إقراره فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه ، فإذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به ، وكذا يصح إقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال ، لأن نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ، ولهذا او أقر المولى عليه بالحد والقصاص لايصح انتهى . وقال فى التبيين : وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لاتهمة فيه كالحدود والقصاص ، وفيما فيه تهمة لايؤاخذ به فى الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى ، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع ، وهو نظير مالو أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لاينفذ للحال ، وأما إذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى . قال المصنف فى تعليل مجموع ما ذكره هاهنا (لأن إقراره) أى إقرار العبد المحجور عليه (عهد) أى عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لأن ذمته ضعفت بالرق فانضمت إليها مالية الرقبة ، كذا فى الكافى وغيره (وهى) أى رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أى على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لأنه) أى المأذون (مسلط عليه) أى على الإقرار (من جهته) أى من جهة المولى لأن الإذن له بالتجارة إذن له بما لابد منه للتجارة وهو الإقرار ، إذ لو لم يصح إقراره انحسم عليه باب التجارة ، فإن الناس لايبايعونه إذا علموا أن إقراره لايصح ، إذ لايتهيأ لهم الاستشهاد فى كل تجارة يعملونها معه ، كذا فى مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أى القصاص (لأنه) أى لأن العبد (مبقى على أصل الحرية فى ذلك) أى فى الحد والدم بتأويل المذكور ، أو لجواز استعمال ذلك فى المثنى أيضا كما قالوا فى قوله تعالى - عوان بين ذلك - (حتى لايصح إقرار المولى على العبد فيه) أى فيما ذكر من الحد والقصاص لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية

عن الإقرار بالمال دون المأذون له . وقوله (لأن إقراره الخ) دليل ذلك المجموع ، والضمير فى إقراره للمحجور عليه : أى إقرار المحجور عليه عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة ، بخلاف المأذون له لأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى ، لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلزمها وهو دين التجارة لأن الناس لايبايعونه إذا علموا أن إقراره لايصح ، إذ قد لايتهيأ لهم الإشهاد فى كل تجارة يعملونها معه ، وبخلاف الحدود والقصاص لأن العبد فيهما مبقى على أصل الحرية حتى لايصح إقرار المولى عليه فى ذلك ، لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لاتزول بالرق ، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبى والمجنون غير لازم لعدم أهلية

(قوله وهى مال المولى) أقول : قوله وهى راجع إلى الرقبة (قال المصنف : بخلاف المأذون) أقول : فيما هو من باب التجارة ، وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول : قوله هو راجع إلى الموصول (قوله لأن الناس لايبايعونه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأن وجوب العقوبة بناء الخ) أقول : ماذكره لايدفع مالو قيل فى إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التى هى مال المولى فيكون إقرارا على الغير ، والأولى أن يستدل عليه بما

ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبيّ مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن ، وجهالة المقرّ به لاتمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لايحيط به علمه ، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به ، بخلاف الجهالة فى المقر له لأن المجهول لايصلح مستحقا ،

والآدمية لاتزول بالرق ، كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : هذا الاستدلال لايدفع مالو قيل فى إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التى هى مال المولى فيكون إقرارا على الغير . والأولى أن يستدل عليه بما فى كتب الأصول انتهى . أقول : بل ذلك مدفوع لأن المقصود بالقصاص إهلاك النفس، وإهلاك مالية رقبة العبد إنما هو بالتبع فلا يكون إقراره بالقصاص إقرارا على الغير بالنظر إلى ما هو المقصود منه أصالة ، ولا يضره لزوم إهلاك مال الغير بالتبع ، إذ كم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت أصالة وذكر فى كتب الأصول أن العبد يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة ، لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما فى البقاء ، ولهذا لايملك المولى إتلافهما . ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه إلى ما ذكر فيها أيضا والمخلص ماحققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم إقرارهما شىء (إلا إذا كان الصبيّ مأذونا له) فحينئذ يصح إقراره فى قدر ما أذن له فيه (لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن) لابخيار رأيه برأى الولىّ فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لأنهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز ، وهما شرطان لصحة الإقرار ، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة ، والردّة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحى ، كذا فى الكافى ومعراج الدراية (وجهالة المقر به لاتمنع صحة الإقرار) يعنى لو كان المقر به مجهولا بأن قال المقر لفلان على شىء أو حق يصح الإقرار ويلزمه ما أقرّ به (لأن الحق قد يلزم مجهولا) يعنى أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولا (بأن أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها) لأن الواجب فى الجراحات أن يستأنى حولا فلايعلم فى الحال موجبه (أو تبقى عليه بقية حساب لايحيط به) أى بما بقى من الحساب (علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أى فيصح بكون المقرّ به مجهولا . فإن قلت : الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما . قلت : الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به ، قال الله تعالى ـ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ـ وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » وأن الشهادة لاتوجب حقا إلا بانضمام القضاء إليها ، والقضاء بالمجهول لايتصور ، أما الإقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به ، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لايصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها ، كذا فى المبسوط (بخلاف الجهالة فى المقر له) يعنى أنها تمنع صحة الإقرار (لأن المجهول لايصلح مستحقا) ذكر شيخ الإسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته أن جهالة المقرّ له إنما تمنع صحة الإقرار إذا

الالتزام إلا إذا كان الصبيّ مأذونا له ، لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقرّ به معلوما فجهالته لاتمنع صحته لأن الإقرار إخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى عليه بقية حساب لايحيط به علمه فالإقرار قد يلزم مجهولا . وعورض بأن الشهادة إخبار عن ثبوت الحق للمدعى ، والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة . وأجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء

فى كتب الأصول (قوله لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين) أقول : لدلالة الإذن على عقله (قوله وعورض ، إلى قوله : وليست بصحيحة) أقول : ويجوز توجيهه نقضا بل ذلك أظهر ، ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعى فى أول الدعوى (قال المصنف : بخلاف الجهالة فى المقر له) أقول : هذا الكلام فى الشرح ناظر إلى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوما ، قال العلامة اللسنى : إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لايصلح مستحقا وإن لم تكن بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لايصح هذا الإقرار عند شمس الأئمة السرخسى لأنه إقرار للمجهول . وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد. وقيل يصح وهو الأصح لأنه

(ويقال له بين المجهول) لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه (فإن لم يبين أجبره القاضى على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان (فإن قال لفلان علىّ شىء لزمه أن يبين ماله قيمة لأنه أخبر عن الوجوب فى ذمته ، وما لا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا بيّن غير ذلك يكون رجوعا . قال (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقرّ له أكثر من ذلك)

كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس، أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك . وقال شمس الأئمة السرخسى : لا يصح الإقرار فى هذه الصورة أيضا لأنه إقرار للمجهول ، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، ولا يجبر على البيان هاهنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول . وفى الكافى : والأصح أنه يصح لأنه يفيد ، إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق ، وطريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . قال فى شرح الطحاوى : وكذلك جهالة المقرّ تمنع صحة الإقرار ، نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول ، وهكذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه . أقول : فى تمثيل جهالة المقرّ بالمثال المذكور نظر ، إذ الظاهر أن الجهالة فيه فى المقرّ عليه لا فى المقرّ لأنه متعين وهو المتكلم ، والأولى فى تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك علىّ ألف ولا يدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدورى فى مختصره : يعنى يقال للمقر فيما أقرّ بمجهول بيّن المجهول (لأن التجهيل من جهته) أى من جهة المقر : يعنى أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان ، ولكن لابد أن يبين شيئا يثبت دينا فى الذمة قلّ أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك ، أما إذا بيّن شيئا لا يثبت فى الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفا من تراب أو نحوه ، كذا فى شرح الطحاوى ، وذكر فى غاية البيان (فصار كما إذا أعتق أحد عبديه) أى فصار إقراره بالمجهول كما إذا أعتق أحد عبديه فى وجوب البيان عليه (فإن لم يبين) أى فإن لم يبين المقرّ ما أجمله (أجبره القاضى على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره) بالباء الجارة . وفى بعض النسخ : بصريح إقراره (وذلك) أى الخروج عما لزمه بصحيح إقراره (بالبيان) لا غيره ، وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وعن الشافعى فى قول : إن وقع الإقرار المبهم فى جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكارا منه ويعرض اليمين عليه فإن أصرّ جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعى ، وإن أقرّ ابتداء يقال للمقرّ له ادّع حقك فإذا ادّعى وأقر أو أنكر يجرى عليه حكمه كذا فى معراج الدراية (فإن قال لفلان علىّ شىء لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأنه أخبر عن الوجوب فى ذمته) كما يدل عليه لفظة على لأنها للإيجاب والإلزام (وما لا قيمة له لا يجب فيها) أى فى الذمة (فإذا بين غير ذلك) أى غير ما له قيمة (يكون رجوعا) عن الإقرار فلا يقبل (قال) أى القدورى فى مختصره (والقول قوله) أى قول المقرّ (مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر من ذلك) أى مما بينه ، يعنى إذا بيّن المقر ما له قيمة مما يثبت فى الذمة

المشروط ، بخلاف جهالة المقرّ له فإنها تمنع صحة الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقا ، وكذلك جهالة المقرّ مثل أن يقول لك على واحد منا ألف ، وإذا أقرّ بالمجهول يقال له بيّن المجهول لأنه المجمل فإليه البيان ، كما إذا أعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجبره الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره بالباء الجارة . وفى بعض النسخ : تصريح إقراره ، وذلك أى الخروج إنما يكون بالبيان ، فإن قال له على شىء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فى الذمة فيكون رجوعا عن الإقرار وذلك باطل ، فإذا بيّن ماله قيمة مما يثبت فى الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة ، فإما أن يساعده المقرّ له أو لا . فإن ساعده أخذه وإلا فالقول قول المقرّ مع يمينه ، لأن المقر له يدعى الزيادة عليه وهو منكر ، وكذلك إذا قال لفلان علىّ حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين

يفيد لأن فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت ، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . وظاهر أن مختار

لأنه هو المنكر فيه (وكذا إذا قال لفلان علىّ حق) لما بينا ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة .

مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة ، فإما أن يساعده المقرّ له أولا ، فإن ساعده أخذه ، وإن لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقرّ مع يمينه (لأنه) أى لأن المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه . قال المصنف (وكذا إذا قال لفلان علىّ حق) أى لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لايجب فيها. وذكر فى المحيط والمستزاد: ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الإسلام لايصدق ، وإن قال موصولا يصدق لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف لأنه لايراد به فى العرف حق الإسلام وإنما يراد به حقوق مالية ، كذا فى الكافى (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى لو قال غصبت من فلان شيئا صح إقراره ولزمه البيان أيضا . والحاصل أن كل تصرف لايشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح ، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لاتمنع تحقق الغصب والوديعة ، فإن من غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا مجهولا فى كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما ، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لايصح وذلك كالبيع والإجارة ، فإن من أقرّ أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشىء لايصح ولا يجبر المقرّ على تسليم شىء ، وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ، ولو عاينا أنه باع منه شيئا مجهولا لايجب تسليم شىء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا إذا ثبت بالإقرار ، ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار ، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقرّ له ، كذا فى الكافى والمحيط البرهانى (ويجب أن يبيّن ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة) أى اعتمادا عليها . واعلم أنه ذكر فى المبسوط : رجل قال غصبت من فلان شيئا : فالإقرار صحيح ويلزمه به مايبينه ، ولا بد أن يبين شيئا هو مال لأن الشىء حقيقة اسم لما هو موجود مالا ، كان أو غير مال ، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه ، فإن الغصب لايردّ إلا على ماهو مال ، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقرارا بشراء ما هو مال لأن الشراء لايتحقق إلا فيه ، ولابد أن يبيّن مالايجرى فيه التمانع بين الناس ، حتى لو فسره بحبة حنطة لايقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع ، فإذا بيّن شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقررا لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ، ويستوى أن يبين شيئا يضمن بالغصب أو لايضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى إذا بيّن أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك إن بين أن المغصوب دار فالقول قوله وإن كانت لاتضمن بالغصب عند أبى حنيفة . واختلف المشايخ فيما إذا بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول : بيانه مقبول لأنه موافق لمبهم كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع

ماهو مال ، حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لايصح ، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر ، وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لايجرى فيما ليس بمال ، ولا بدّ أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بيّن فى حبة حنطة أو فى قطرة ماء لايصح لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ، ولو بيّن فى العقار أو خمر المسلم صح لأنه مال يجرى فيه التمانع . فإن قيل: الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لايصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما . فالجواب أن ذلك حقيقة ، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف فى موضعه ، وقد أشار إليه بقوله (تعويلا على العادة)

المصنف ماذهب إليه شمس الأئمة (قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول : يعنى أن ذلك حقيقة شرعية ، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف ، فإن لفظ الغصب يطلق فى العرف على المعنى الأعم من المعنى الحقيقى .

(ولو قال لفلان علىّ مال فالمرجع إليه فى بيانه لأنه المجمل ويقبل قوله فى القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتموّل به (إلا أنه لا يصدق فى أقل من درهم)

فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الأموال . وأكثرهم على أنه لايقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لايتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون إنكارا لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه ، إلى هنا لفظ المبسوط . وصرح فى الإيضاح وغيره بأن الأول وهو قبول بيانه بأن المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق . والثانى وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر . وإذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار هاهنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال : ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة : يعنى أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم فى العرف . هذا وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام: وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين ما هو مال ، حتى لو بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده لايصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر . وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق . والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لايجرى فيما ليس بمال ، ولا بد أن يبين مايجرى فيه التمانع حتى لو بيّن فى حبة حنطة أو فى قطرة ماء لايصح ، لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ، ولو بيّن فى العقار أو فى خمر المسلم يصح لأنه مال يجرى فيه التمانع . فإن قيل : الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لايصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما . فالجواب أن ذلك حقيقته ، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف فى موضعه ، وقد أشار إليه بقوله تعويلا على العادة ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن صحة ماذكره فى هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافى صحة ما ذكره فى تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيما لو بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لايجرى فيما ليس بمال، لأن مشايخ العراق يقولون إن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة ، والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الأموال كما صرح به فى المبسوط وغيره . وليس معنى هذا القول منهم إلا أن حقيقة الغصب تترك فى ذلك بدلالة العادة، فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لايجرى فيما ليس بمال . وأما ثانيا فلأن قوله وقد أشار إليه بقوله تعويلا على العادة لايكاد يصح لأن قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع . ومعناه أن حقيقة الغصب وإن تناولت مايجرى فيه التمانع من الأموال وما لايجرى فيه التمانع منها ، إلا أن العادة خصصته بالأول فلا بد أن يبين ذلك ، ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فإنه لايصح قطعا . وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة إلى ماهو أعم منها فلا إشارة إليه فى كلامه أصلا ، كيف ولو صح ذلك عنده وكان فى كلامه إشارة إليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالا ، إذ العادة جارية قطعا على إطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد إطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية .

وبالجملة إن كلام المصنف هاهنا مسوق على ماهو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق ، ولما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان علىّ مال فالمرجع إليه فى بيانه) وهذا لفظ القدورى فى مختصره : يعنى لو قال أحد فى إقراره لفلان علىّ مال فالرجوع إلى المقرّ فى بيان قدر المال . قال المصنف فى تعليله (لأنه المجمل) يعنى أن المقرّ هو المجمل والرجوع فى بيان المجمل إلى المجمل (ويقبل قوله فى القليل والكثير) وهذا من تتمة كلام القدورى . قال المصنف فى تعليله (لأن كل ذلك مال ، فإنه) أى المال (اسم لما يتموّل به) وذلك موجود فى القليل والكثير ، ثم قال المصنف (إلا أنه) أى المقرّ (لايصدق فى أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أيضا لأنه مال . وفى الاستحسان : لايصدق فيه ، وجهه ترك الحقيقة

قال (ولو قال لفلان علىّ مال الخ) إذا قال فى إقراره لفلان على مال فرجع البيان إليه لكونه المجمل ، ويقبل قوله فيما بيّن إلا فيما دون الدرهم ، والقياس قبوله لأنه مال . ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة . ولو قال مال عظيم قال الشافعى : هو مثل الأول ، وقلنا فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بدّ من البيان بما يعدّ عظيما عند الناس والغنىّ عظيم عند الناس ، والغنى

لأنه لايعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لأنه أقرّ بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن أبى حنيفة أنه لايصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ،وعنه مثل جواب الكتاب ،

بدلالة العرف ، وقد أشار إليه بقوله (لأنه) أى الأقل من درهم (لايعد مالا عرفا) فإن مادون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة ، كذا فى المبسوط . قال الإمام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد : ولو قال له علىّ مال كان القول قوله فيه ودرهم مال . ثم قال : وهذا اللفظ يوهم أنه لايقبل قوله إذا بين أقل من درهم . وقال بعضهم : ينبغى أن يقبل قوله فى البيان لأن اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم . ثم قال : والصحيح أنه لايقبل لأن المال الذى يدخل تحت الالتزام والإقرار لايكون أقل من درهم ، وهذا ظاهر فى حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه. وقال الناطفى فى أجناسه : وفى نوادر هشام قال محمد رحمه الله : لو قال لفلان علىّ مال له أن يقرّ بدرهم . ثم قال : وقال الهارونى : لو قال لفلان علىّ مال هو على عشرة دراهم جياد ، ولا يصدّق فى أقل منه فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل منه ، إلى هنا لفظ الأجناس (ولو قال مال عظيم لايصدق فى أقل من مائتى درهم) هذا لفظ القدورى : يعنى لو قال لفلان علىّ مال عظيم فعليه مايجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم . وقال الشافعى : هو مثل الأول. قلنا : فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز ، وقد أشار المصنف إليه بقوله (لأنه أقرّ بمال موصوف) أى موصوف بوصف العظم (فلا يجوز إلغاء الوصف) بل لابدّ من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) فى الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغنىّ عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، ولم يذكر محمد فى الأصل قول أبى حنيفة فى هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه ، فأراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبى حنيفة) أى روى عنه (أنه) أى المقرّ فى هذا الفصل (لايصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لأنه) أى لأن هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أى عن أبى حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أى مثل ماذكر فى فى مختصر القدورى من أنه لايصدق فى أقل من مائتى درهم. قال فى غاية البيان : وهو الصحيح لأنه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكاة لأنه أقل مال له خطر فى الشرع اه . وذكره صاحب العناية أيضا بقيل خلا قوله لأنه أقل مال له خطر فى الشرع . أقول : فيه بحث ، لأن التعليل المذكور لايفيد كون ما فى هذه الرواية هو الصحيح ، لأن إيجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرّر على كلتا الروايتين ، وإنما النزاع فى أن ذلك العظيم ماذا ؟ هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر ؟ فقوله وهو المال الذى تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الأخرى ، وكذا قوله لأنه أقل مال له خطر فى الشرع ، إذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذى يجب فيه قطع اليد المحترمة

بالنصاب لأن صاحبه يعدّ غنيا فلابد من البيان به فإن بين بالمال الزكوى فلابد من بيان أقل مايكون نصابا ، فنى الإبل خمس وعشرون لأنه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه ، وفى الدينار بعشرين مثقالا ، وفى الدراهم بمائتى درهم. وإن بيّن بغيره فلابد من بيان قيمة النصاب ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد ، ولم يذكر محمد قول أبى حنيفة فى الأصل فى هذا الفصل. وروى عنه أنه قال : لايصدق فى أقل من نصاب السرقة لأنه عظيم تقطع به اليد المحترمة ، وروى عنه مثل قولهما . قيل وهو الصحيح لأنه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى تجب فيه الزكاة . قال فى النهاية : والأصح على قوله أنه يبنى على حال

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله وهو المال الذى يجب فيه الزكاة) أقول : قال الإتقانى : لأنه أقل مال له خطر

وهذا إذا قال من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ، وفى الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أىّ فنّ سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين)

ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر فى الشرع فلم يتم التقريب . قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : والأصح على قول أبى حنيفة أنه يبنى على حال المقرّ فى الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغنىّ حقير ، وكما أن المائتين عظيم فى حكم الزكاة فالعشرة عظيم فى حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقرّ ، كذا فى فتاوى قاضيخان وذكر فى بعض الشروح (وهذا) أى ما ذكر من أنه لا يصدق فى أقل من مائتى درهم (إذا قال من الدراهم) أى إذا قال له علىّ مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال فى الابتداء له علىّ مال عظيم ، ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فى شرح قول المصنف هذا إذا قال من الدراهم : أى بين وقال إن مرادى بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير (أما إذا قال من الدنانير) أى إذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أى فى الدنانير (بالعشرين) أى بعشرين مثقالا لأنه نصاب الزكاة فى الذهب (وفى الإبل بخمس وعشرين) يعنى وفيما إذا قال من الإبل يقدّر بخمس وعشرين إبلا (لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كعشرين مثقالا فى الدنانير ومائتى درهم فى الدراهم . والحاصل أنه إذا بين بجنس من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا فى ذلك الجنس . فإن قيل : ينبغى أن يقدر فى الإبل بخمس لأنه تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنيا . قلنا : هى مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة ، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها ، فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا إذ المطلق ينصرف إلى الكامل ، كذا فى الكافى وبعض الشروح (وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعنى وفيما إذا بيّن بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب : أى بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) أى ولو قال علىّ أموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أىّ فن سماه) أى من أى نوع سماه ، حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ، ولو قال من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأجناس ، وإنما كان كذلك (اعتبارا لأدنى الجمع) فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهى ثلاثة نصب من جنس ماسماه . ولو قال علىّ مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى : لم أجده منصوصا ، وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإيضاح والذخيرة وفى غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الأئمة البيهقى فى كفايته عن أبى يوسف : قال لفلان علىّ دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة ، قال له علىّ دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة ، وقوله مضاعفة يقتضى ضعف ذلك فيقتضى ثمانية عشر . وفى الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر ، قال علىّ عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أى لو قال لفلان علىّ دراهم كثيرة (لم يصدق فى أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) وعند الشافعى يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق

المقرّ فى الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنىّ ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام فالتقدير فى ثلاثة نصب من أىّ نوع سماه اعتبارا لأدنى الجمع ، وإذا قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة ، وفى أقل من مائتى درهم عندهما) وفى أقل من ثلاثة عند الشافعى لأن الكثرة أمر إضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف ، فكم من

فى الشرع انتهى . وفيه نظر ، ولذا لم يذكره الشارح (قوله لأن الكثرة الخ) أقول : قوله لأن الكثرة تعليل لقوله وفى أقل الخ .

لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دونه .

فى أقل من ذلك ، وكذلك لو قال لفلان علىّ دنانير كثيرة لم يصدق عند أبى حنيفة فى أقل من عشرة دنانير وعندهما فى أقل من عشرين مثقالا ، وعند الشافعى فى أقل من ثلاثة دنانير ، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه . وقال القدورى فى كتاب التقريب : روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة مثل قولهما . وجه قول الشافعى أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهى الكثرة فيلغو ذكرها ، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن ، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم . أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد . وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون فى ذلك ، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين . وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما فى نصاب السرقة والمهر ، ويتعلق تارة بالمائتين كما فى نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما فى الاستطاعة فى الحج فى الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فإذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة . ووجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن صاحب النصاب) يعنى صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أى بخلاف مادون النصاب . فإن صاحبه مقلّ ولهذا لم يلزمه مواساة غيره . قال صاحب العناية فى تقرير دليلهما : وقالا أمكن العمل بها : أى بالكثرة حكما لأن فى النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الإلغاء اهـ .

أقول : فيه نظر ، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة فى ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضا كثرة فى ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع ، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة فى الحج من الأماكن البعيدة له كثرة فى ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين ، فقوله لأن فى النصاب كثرة حكمية لا يجدى شيئا وهو ظاهر ، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء ، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب . وقال صاحب الغاية فى تقرير دليلهما : ولأبى يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعى ، لكن أمكن العمل بها حكما ، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه ، فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان علىّ دراهم كثيرة حكما ، والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعا فى حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة . فأما العشرة إن كانت كثيرة فى حق القطع وجواز النكاح ففى حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص ، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم ، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه .

أقول : فيه أيضا نظر ، لأن ما بسطه وإن أفاد فى الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا فى تقرير دليل الشافعى ، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذى تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فإنه كثير فى حق وجوب الحج أيضا من الأماكن البعيدة ، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج

مستكثر عند قوم قليل عند آخرين ، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما فى السرقة والمهر على مذهبه ، وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها ، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة فى الحج فى الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة . وقالا : أمكن العمل بها حكما لأن فى النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى

(قوله كما فى السرقة والمهر الخ) أقول : كما فى السرقة مثال العشرة : يعنى على مذهبنا . وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه .

وله أن العشرة أقصى ماينتهي إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح

من الأماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أى ولأبى حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ماينتهي إليه اسم الجمع) أى عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعنى أن العدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لاجمعا (فيكون) أى العشرة (هو الأكثر من حيث اللفظ) أى من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف إليه) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف إليه لايعدل إلى غيره ، كذا فى العناية. لايقال : ينبغى أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير . لأنا نقول : لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ مايصلح له ، كذا فى غاية البيان . أقول : بقى هاهنا شىء ، وهو أن كون العشرة أقصى ماينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا ، لاعند انفراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة إلى مالانهاية له كما لايخفى على العارف باللغة ، ومسئلتنا مفروضة فى حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد ، فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة ؟ قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لأن جمع الكثرة أقله عشرة . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشر لاعشرة على ما تقرر فى علم النحو . قال الفاضل الرضى : قالوا : مطلق الجمع على ضربين : قلة ، وكثرة ، والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان ؛ وبالكثير ما فوق العشرة انتهى . وأما ثانيا فلأنه لو كانت علة قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لايصدق أيضا عنده فى أقل من عشرة فيما إذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك فى ثلاثة بالاتفاق كما سيأتى . والأولى فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال : ولأبى حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا ، وإنما تثبت ضرورة أن لاتصير صفة الكثرة لغوا فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر ، وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير ، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم ، فإن القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لابالقليل على ما روى أنه كان لايقطع فى الشىء التافه ، ثم اعتبر النصاب فى حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى . قال الشيخ أبو نصر البغدادى : والفرق لأبى حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد ، فاعتبر الكثرة التى ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لايتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لامن حيث العدد ، والعظيم فى الشرع مايصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهى ثلاثة) هذا لفظ القدورى فى مختصره : يعنى لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق. قال المصنف فى تعليله (لأنها أقل الجمع الصحيح) يعنى أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا. أقول : فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح فى قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب . يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى ، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافى لأنه أدنى الجمع المتفق عليه ، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لاخلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه

من الإلغاء . وقال أبو حنيفة : الدراهم مميز يقع به تمييز العدد ، وأقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة ، لأن مابعده يميز بالمفرد ؛ يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف إليه ، لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف إليه لايعدل إلى غيره (ولو قال على دراهم فهى ثلاثة) بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لاخلاف فيه ، بخلاف المثنى ، إلا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ ، وكونه عليه فلا تهمة ،

(قوله لا يعدل إلى غيره) أقول : خبر إن فى قوله لأن العمل بما دل الخ .

(إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لأن ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف ،وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره

أن كون أقل الجمع ثلاثة إنما هو فى جمع القلة دون جمع الكثرة ، فإن أقلّ جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة ، إذ قد تقرر فى كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كسرة سوى الأمثلة الأربعة المعروفة وهى أفعل وأفعال وأفعلة وفعلة عند الكل ، وسوى فعلة كأكلة عند الفراء ، وسوى أفعلاء كأصدقاء فى نقل التبريزى ، ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الأمثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب . ثم أقول : يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثانى من الترديد الأول أن الفاضل الرضىّ صرح بأن كل جمع تكسير للرباعى الأصلى حروفه مشترك بين القلة والكثرة، ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل ، فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب . والثانى أن المحقق التفتازانى قال فى التلويح فى أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب إليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة.

واعلم أنهم لم يفرقوا فى هذا المقام بين جمعى القلة والكثرة ، فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما إنما هى فى جانب الزيادة : يعنى أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها ، وجمع الكثرة غير مختص لا أنه مختص بما فوق العشرة ، وهذا أوفق بالاستعمالات وإن صرح بخلافه كثير من الثقات ، انتهى كلامه . فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الأوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الأصول من كون التفرقة بين جمعى القلة والكثرة فى جانب الزيادة لا فى جانب النقصان فتدبر (إلا أن يبين أكثر منها) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره : يعنى إلا أن يبين المقرّ أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه . قال المصنف (لأن اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الأكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف إلى الوزن المعتاد) أى إلى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد ، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف كما مرّ فى البيوع ، ولا يصدّق فى أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه . قال فى التحفة : وإن لم يكن فيه شىء متعارف يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر فى الشرع ، وهكذا ذكر فى العناية . وقال فى البدائع : وإن كان الإقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع إقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام إلى المتعارف ، حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده لا يصدق لأنه يكون رجوعا ، ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد، فإن استوت يحمل على أقل الأوزان لأنه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى . أقول : بين المذكورين فى التحفة والبدائع فى صورة التساوى تفاوت بل تخالف لا يخفى (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره : يعنى لو قال له علىّ كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله فى أقل من ذلك . قال المصنف فى تعليله (لأنه) أى المقر (ذكر عددين مبهمين) أى ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أى أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أى من العدد المفسر : أى المصرح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف . وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره) يعنى أن لفظ كذا كناية عن العدد ، والأصل

وينصرف إلى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد ، فإن لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع . قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والأصل فى استعماله اعتباره بالمفسر، فماله نظير فى الأعداد المفسرة حمل على

(قال المصنف : لأن اللفظ يحتمله مجازا) أقول : فيصير كأنه قال لفلان على حفظ الألف .

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) لأنه تفسير للمبهم

فى استعماله اعتباره بالمفسر : أى بالعدد الصريح ، فما له نظير فى الأعداد المفسرة يحمل على أقل مايكون من ذلك النوع لكونه متيقنا ؛ فإذا قال له على كذا كذا درهما فكأنه قال له على أحد عشر درهما . وإذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على أحد وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ، ولم يذكرها محمد رحمه الله فى الأصل : يعنى لو قال له على كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لأنه) أى لأن درهما فى قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أى تمييز للشىء المبهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه ، وذكرت هذه المسئلة فى بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف ، فإنه قال فى الذخيرة المحيط وفى الجامع الأصغر : إذا قال لفلان على كذا درهما فعليه درهمان ، لأن هذا أقل مايعد لأن الواحد لايعد حتى يكون معه شىء آخر . وقال فى التتمة وفى الجامع الأصغر : إذا قال كذا دينارا فعليه ديناران ، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لايعد حتى يكون معه شىء آخر . وقال فى فتاوى قاضيخان : لوقال لفلان على كذا دينارا فعليه ديناران ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى . أقول : فيما ذكر فى تلك الكتب نظر ، لأن عدم كون الواحد من العدد إنما هو فى اصطلاح الحساب وأما فى الوضع واللغة فهو من العدد قطعا ، وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتى عشرة كلمة وأحد إلى عشرة ومائة وألف . وقال العلامة الجوهرى فى صحاحه : الأحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى . وقال المحقق الرضى فى شرح الكافية : لا خلاف عند النحاة فى أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد ، وعند الحساب ليس الواحد من العدد لأن العدد عندهم هو الزائد على الواحد ، ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى . ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبنى على اصطلاح الحساب ، بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة ، فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لايقتضى كون الواجب على المقر فى المسئلة المذكورة درهمين كما لايخفى . قال صاحب غاية البيان : كان ينبغى أن يلزمه فى هذه المسئلة أحد عشر ، لأنه أول العدد الذى يقع مميزه منصوبا ، وإذا كان كذلك ينبغى أن لايصدق فى درهم والقياس فيه ما قاله فى مختصر الأسرار : إذا قال له على كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن انتهى كلامه . وقال تاج الشريعة : فإن قلت : ينبغى أن يجب أحد عشر درهما لأنه أقل عدد يجىء مميزه منصوبا . قلت : الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن انتهى . أقول : جوابه ليس بتام لأن كون الأصل براءة الذمة إنما يقتضى كون الثابت أدنى ما يتحمله لفظ المقر دون الأدنى مطلقا كما لايخفى . ومعنى السؤال أن أدنى مايتحمله لفظ المقر فى هذه المسئلة إنما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا ، فينبغى أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما ، وما ذكر فى الجواب لايدفعه قطعا . ثم أقول : الحق فى الجواب أن يقال إن قوله كذا درهما وإن كان نظير الأحد عشر درهما فى كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له فى نفس مايميزه المنصوب ، لأن أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فإذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك فى مجرد كون مميزهما منصوبا ، وهذا أمر لا سترة به . قال فى الاختيار شرح المختار : وقيل يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن كذا يذكر للعدد عرفا ، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى . وذكره الإمام الزيلعى فى شرح الكنز نقلا عنه . وقال صاحب معراج الدراية : وما نقله ابن قدامة فى المغنى وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر فى الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ، ولم أجده فى الكتب المشهورة لأصحابنا اهـ كلامه . أقول : كأنه لم يرما ذكره فى مختصر الأسرار وشرح المختار أو لم يعدهما من الكتب المشهورة لأصحابنا ، أو أراد أنه لم يجده منقولا عن محمد فى الكتب المشهورة لأصحابنا : ثم إن التعليل المذكور فى المنقول المزبور وهو قوله لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب

أقل ما يكون من ذلك النوع ، وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له على درهم ، وإذا قال كذا كذا

(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لأنه لانظير له سواه (وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون ، وإن ربع يزاد عليها ألف) لأن ذلك نظيره . قال (وإن قال له علىّ أو قبلى فقد أقر بالدين) لأن «على» صيغة إيجاب ،

قاصر فى الظاهر ، لأن أقل عدد يفسره الواحد المنصوب إنما هو أحد عشر دون عشرين ، فكان مراده أنه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به فى غيره وإن لم يكن لفظه مساعدا له . قال المصنف (ولو ثلّث كذا بغير واو) أى لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أى فالذى يلزمه أحد عشر درهما لاغير (لأنه لانظير له سواه) أى لانظير له فى الأعداد الصريحة سوى أحد عشر : يعنى سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيرى عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ، ويحمل الواحد منها على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف ، كذا قالوا (وإن ثلّث بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا (فمائة وأحد وعشرون) أى فالذى يلزمه هذا المقدار (وإن ربّع) بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها) أى على مائة وأحد وعشرون (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لأن ذلك نظيره) أى لأن العدد الذى ذكرنا أنه يلزم فى صورتى التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقرّ فى تينك الصورتين : أى أقل ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لأن ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل فى صورة التثليث وتأخيره إلى هنا ، ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لقريبة : أعنى صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره فى غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافى حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ، ولو ربّع يزاد عليها الألف لأن ذا نظيره انتهى . قال الإمام الزيلعى فى التبيين : ولو خمّس بالواو ينبغى أن يزاد عشرة آلاف ، ولو سدّس يزاد مائة ألف ، ولو سبّع يزاد ألف ألف ، وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى مالايتناهى انتهى . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه : هذا كله إذا قال بالنصب فأما إذا قال درهم بالخفض بأن قال كذا درهم يلزمه مائة درهم . وقال : هكذا روى عن محمد لأنه ذكر عددا مبهما مرة واحدة ، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرّح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض ، وأقل ذلك مائة درهم ، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف ، وذكر الدراهم عقيبهما بالخفض ، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ، ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه . وقال الإمام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد : وإذا أقرّ أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما أحد عشر ، لأنه لو أفرد كل واحد منهما فى الذكر لزمه أحد عشر ، فكذلك إذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر . ولو قال له علىّ كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا ، وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير ، إلا أنا نقول : لو فعلنا ذلك أدّى إلى الكسر ، وليس فى لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير . فإن قيل : هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم ؟ قلنا : لأن الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه إليها احتياطا ، إلى هاهنا كلامه (قال) أى قال محمد فى الأصل (وإن قال له علىّ أو قبلى فقد أقرّ بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير وإنما ذكرها فى الأصل . أما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له علىّ فما أشار إليه المصنف بقوله (لأن علىّ صيغة إيجاب) تقريره أن علىّ كلمة خاصة للإخبار عن الواجب فى الذمة واشتقاقها من العلو ، وإنما يعلوه إذا كان دينا فى ذمته لايجد بدا من قضائه ليخرج عنه ، كذا فى النهاية . وتقرير آخر أن الدين وإن لم يذكر صريحا فى قوله له علىّ فقد ذكر اقتضاء ، لأن كلمة على تستعمل فى الإيجاب ، قال الله تعالى ـ ولله على الناس حجّ البيت ـ ومحل الإيجاب الذمة ،

درهما كان أحد عشر ، وإن ثلّث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير ، وإذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين ، وإن ثلّث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين ، وإن ربّع يزاد ألف ، ولو قال له علىّ أو قبلى فهو إقرار بالدين لأن علىّ للإيجاب ، وقبلى

وقَبلى ينْبىءُ عن الضمان على مامرّ فى الكفالة (ولوقال المقرّ هو وديعة ووصل صدّق) لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا . قال رحمه الله : وفى نسخ المختصر فى قوله قبلى إنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتّى صار قوله لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا ، والأمانة أقلهما و الأول أصح .

والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار مقرّا بالدين لا العين ، كذا فى غاية البيان ، وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن الإمام المحبوبى : وأما وجه كونه مقرّا بالدين فى قوله له قبلى فما أشار إليه بقوله (وقبلى ينبىء عن الضمان) لأن هذا عبارة عن اللزوم ؛ ألا يرى أن الصك الذى هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلا لأنه ضامن للمال ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (على مامرّ فى الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لأن القبيل هو الكفيل . أقول : هاهنا نظر ، وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل ، وتضمنه معنى الضمان لايقتضى كون قبلى منبئا عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة القبيل ، ولم يذكر فى كتب اللغة مجىء الأولى بمعنى الثانية قط ، بل الذى ذكره أئمة اللغة فى كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده ، وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا ، وأنه يجىء قبل بمعنى طاقة فإنهم قالوا رأيته قبلا : أى مقابلة وعيانا قال الله تعالى - أو يأتيهم العذاب قبلا - أى عيانا ولى قبل فلان حق أى عنده ومالى به قبل أى طاقة ، وأما استعمال كلمة قبل فى معنى الضمان فلم يسمع منهم قط . والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية فى هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقرّ) فى قوله على أو قبلى (هو وديعة ووصل) أى ووصل قوله على أو قبلى بقوله هو وديعة (صدّق لأن اللفظ يحتمله) أى يحتمل ما قاله (مجازا) أى من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المودع ، فإن المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) أى محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما فى قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدّق موصولا لا مفصولا) لأنه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لامفصولا كما فى الاستثناء (قال) أى المصنف رحمه الله عنه (وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى (فى قوله قبلى) أى وقع فى قول المقر قبلى (أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما) أى ينتظم الدين والأمانة (حتّى صار قوله) أى قول القائل (لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا) نص عليه محمد رحمه الله فى الأصل حيث قال : إذا قال لاحق له على فلان برئ مما هو مضمون عليه ، وإن قال لا حق عنده فهو برىء مما أصله الأمانة ، وإن قال لاحق لى قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لأن ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والأمانة أقلهما) هذا تتمة الدليل : يعنى أن الأمانة أقل الدين والأمانة فيحمل قول المقرّ عليها لكونها الأدنى المتيقن . قال المصنف (والأول أصح) أى ماذكر فى الأصل هو الأصح قال فى الكافى : والأول مذكور فى المبسوط وهو الأصح ، لأن استعماله فى الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر . وقال فى معراج الدراية : والأول وهو أنه إقرار بالدين أصح ، ذكره فى المبسوط ، وعلل بأن استعماله فى الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى . أقول : لقائل أن يقول : ينتقض هذا التعليل بما إذا قال لاحق لى قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة ، بل جعل إبراء عن الدين والأمانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضا . ثم أقول : يمكن

ينبىء عن الضمان على مامر فى الكفالة ، ولو وصل المقرّ فيهما بقوله وديعة صدّق ويكون مجازا لإيجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لامفصولا (قال المصنف : وفى نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى فى قوله قبلى (إنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينتظمهما) حتّى صار قوله لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا . والأمانة أقلهما فيحمل عليها ، وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الأصل لأن الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدورى ، إلا أن المذكور فى الأصل هو الأصح فقدمه فى الذكر ، ولو قال عندى أو معى أو فى يدى

(قوله بقوله وديعة) أقول : قوله وديعة بالنصب أو الرفع معا (قوله لإيجاب حفظ المضمون) أقول : أى اللى من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول : فيكون من ذكر المحل وإرادة الحال ، والضمير فى قوله محله راجع إلى قوله حفظ المضمون .

(ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشىء فى يده وذلك يتنوّع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)

دفع ذلك بإمكان الفرق بين المسئلتين بأن إحداهما صورة الإثبات ، ولما لم يتيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة فى شىء واحد حمل على ما هو الأرجح منهما فى هذه الصورة ، وأما الأخرى فصورة النفى ، ولما تيسر جمع نفى الدين ونفى الأمانة عن شىء حمل على نفيهما معا فى تلك الصورة. ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف فى باب الوصية للأقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال : ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة. ثم قال : ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفى ولا تنافى فيه انتهى كلامه . واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الأصل ، لأن الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدورى والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع ، إلا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الأصل هو الأصح قدمه فى الذكر ، ولهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الأصل (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) وهذه كلها من مسائل الأصل . قال المصنف فى تعليلها (لأن كل ذلك إقرار بكون الشىء فى يده) لافى ذمته (وذلك) أى ماكان فى يده (يتنوّع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الأمانة . توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين ، إذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها ، وهذا لأن كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الأماكن ، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا ، ولأن هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف ، كذا فى التبيين . فإن قلت : يشكل هذا بما إذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين. فإنه إقرار بالدين لا بالأمانة مع أن الأمانة أقلهما . قلت : تنوّع اللفظ إلى الضمان والأمانة فيما فيه نحن إنما نشأ من لفظ واحد ، وفى تلك المسئلة من لفظين ، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا جمع بينهما فى الإقرار ترجح الدين ، كذا فى المبسوط . قال فى النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط : وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس لأنه حينئذ يلزم استعارة الأدنى للأعلى ، وذلك لايصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق ، وأما فى الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق ، والاستعارة إنما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشيئين ، بل إنما ينظر فيه إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن فيحمل على الأدنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى . (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار). هذا كله لفظ القدورى

أو فى بيتى أو فى كيسى أو صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده ، لأن كل ذلك إقرار بكون الشىء فى يده واليد تتنوع إلى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الأمانة. ونوقض بما إذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة . وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإهمالهما لايجوز ، وحمل الدين على الوديعة حمل للأعلى على الأدنى وهو لايجوز ، لأن الشىء لايكون تابعا لما دونه فتعين العكس . ولو قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها كان إقرارا بالمدعى ، لأن ماخرج جوابا إذا لم

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول : وفيه بحث ، والأولى أن يقال : إن حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين ، فإن قوله قبلى إقرار بالدين ، بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف : ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها) أقول : الألف مذكر وتأنيث الضمير بتأويل الجملة ، وفى القاموس : الألف من العدد مذكر ، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز (قوله إذا لم

لأن الهاء فى الأول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى ، فكأنه قال : اتزن الألف التى لك على ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور ، والتأجيل إنما يكون فى حق واجب ، والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا ، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب ، وكذا لو قال أحلتك بها على فلان

فى مختصره : يعنى أن ما ذكره المجيب فى هذه الصور كلها يكون إقرارا بالمدعى ، لأن ما خرج جوابا إذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا إلى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه ، فلما قرن كلامه فى الأول والثانى بالكناية رجع إلى المذكور فى الدعوى وإليه أشار المصنف بقوله (لأن الهاء فى الأول والثانى) أى فى قوله اتزنها وفى قوله انتقدها (كناية عن المذكور فى الدعوى فكأنه قال) فى الأول (اتزن الألف التى لك على) وفى الثانى انتقد الألف التى لك على فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعنى الهاء (لايكون) كلامه (إقرارا) بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (إلى المذكور) أى إلى المذكور فى الدعوى لكونه مستقلا بنفسه ، فكأنه قال : اقعد وزانا للناس أو نقادا لهم دراهمهم واكتب المال ولاتؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل إنما يكون فى حق واجب) هذا إشارة إلى تعليل كون قوله أجلنى بها إقرارا ، يعنى أن التأجيل إنما يكون فى حق واجب لأنه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل إقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا إشارة إلى تعليل كون قوله قد قضيتكها إقرارا : يعنى أن القضاء يقتضى سبق الوجوب لأنه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه ، فلما ادعى قضاء الألف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الإبراء) بأن قال أبرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به إلى قوله والقضاء يتلو الوجوب : يعنى أن الإبراء أيضا يتلو الوجوب لأن الإبراء إسقاط ، وهذا إنما يكون فى مال واجب عليه ، كذا فى الكافى . أقول : هاهنا إشكال ، وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتاب الإقرار على أن قول المدعى عليه بالألف للمدعى قد قضيتكها أو أبرأتنى منها إقرار بوجوب الألف عليه . وقالوا فى تعليل هذا : إن القضاء يتلو الوجوب ، وكذا الإبراء يتلوه . وقد صرحوا فى كتاب الدعوى فى أكثر المعتبرات وفى مسائل شتى من كتاب القضاء فى الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالألف لو قال للمدعى ليس لك على شىء قط أو ما كان لك على شىء قط ثم ادعى قضاء تلك الألف للمدعى ، أو ادعى إبراء المدعى إياه من تلك الألف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر ، وقالوا فى تعليل ذلك : إن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة ، حتى قال المصنف هناك : ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شىء فيثبت ثم يقضى ، ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب ، وكذا الإبراء ، وقد أنكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين فى المقامين تدافع لايخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا إقرارا منه (لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك ، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لايكون إلا بعد وجوب المال فى ذمته كما لايخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا

لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا إلى المذكور أولا ، فكأنه أعاده بصريح لفظه ، فلما قرن كلامه فى الأولين بالكناية رجع إلى المذكور فى الدعوى ، وكأنه قال : اتزن الألف التى لك على كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلا ، فكأنه قال : اقعد وزانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة ، أو نقادا وانقد للناس دراهمهم . وأما فى قوله أجلنى فلأن التأجيل إنما يكون فى حق واجب . وأما فى قد قضيتكها فإن القضاء يتلو الوجوب ، ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب ، وكذلك دعوى الصدقة والهبة : يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان إقرارا لأنه دعوى التمليك وذلك يقتضى سابقة الوجوب ، وإذا قال له على ألف درهم إلى سنة وقال

لم يكن كلاما مستقلا) أقول : بأن يشتمل على الضمير مثلا .

لأنه تحويل الدين . قال (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لأنه أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد فى يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة . قال (ويستحلف المقرّ له على الأجل) لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وإن قال له علىّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم .

إقرارا (لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة ، وذا لايكون بدون الوجوب ، وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أتزنها لك اليوم لأنه نفى القضاء والوزن فى وقت بعينه ، وذلك لايكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه ، فأما إذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج إلى تأكيد نفى القضاء باليمين لأنه فى نفسه منتف ، كذا فى المبسوط . ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأومأ برأسه بنعم لايكون إقرارا ، لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره ، كذا فى الكافى وغيره (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقرّ له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا ، وقال الشافعى : لزمه الدين مؤجلا لأنه أقرّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقرّ به ، وهذا ليس بشىء لأن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه ، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء ، كذا ذكر فى باب الاستثناء من المبسوط . قال المصنف فى تعليل قول أصحابنا (لأنه) أى لأن المقر بدين مؤجل (أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أى فى ذلك المال فيصدق فى الإقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أى فصار المقرّ فى هذه الصورة (كما إذا أقرّ) لغيره (بعبد فى يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الإجارة) أى ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقرّ له فى الملك دون الإجارة فإنه لايصدق هناك فى دعوى الإجارة ، فكذا هاهنا فى دعوى الأجل (بخلاف الإقرار بالدراهم السود) أى بخلاف مالو أقرّ بالدراهم السود فصدقه فى المقرّ له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لأنه) أى لأن السواد (صفة فيه) أى فى الدراهم أو فيما أقرّ به فيلزمه ما أقرّ به على الصفة التى أقرّ بها ، وأما الأجل فليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات ، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لايثبت بلا شرط ، والقول لمنكر العارض وقد أشار إليه بقوله (وقد مرت المسئلة فى الكفالة) فإنه قال فى فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك علىّ مائة إلى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى ، وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن . وقال : وجه الفرق أن المقرّ أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ، وفى الكفالة ما أقر بالدين فإنه لا دين عليه فى الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل فى الديون عارض حتى لايثبت إلا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار ، أما الأجل فى الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف المقر له) أى يستحلف المقر له فى مسئلتنا هذه (على الأجل) أى على إنكار الأجل (لأنه منكر حقا عليه) فإن المقرّ يدعى عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور . قال فى النهاية : وفى الذخيرة فى الفصل الأول من كتاب الإقرار ، ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضى فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقربه (وإن قال له علىّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة

المقرّ له بل هى حالة فالقول للمقر له لأن المقرّ أقر على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق ، كما إذا أقرّ بعبد فى يده لغيره وادعى لايصدق فى دعوى الإجارة ، بخلاف ما إذا أقرّ بدراهم سود فإنه يصدق لأن السواد صفة فى الدراهم فيلزم على الصفة التى أقرّ بها وقد مرت المسئلة فى الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر ، وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة ، والمرجع فى تفسير المائة إليه لأنه هو المجمل وهو القياس فى الدرهم أيضا وبه قال الشافعى ، لأن المائة مبهمة والمبهم يحتاج إلى التفسير ، ولا تفسير له هاهنا

ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع فى تفسير المائة إليه) وهو القياس فى الأول ، وبه قال الشافعى لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على إبهامها كما فى الفصل الثانى . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين . وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة .

دراهم ذكره الإمام قاضيخان حيث قال فى فتاواه : ولو قال له علىّ ألف ودرهم أو علىّ ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أى ولو قال له علىّ مائة وثوب (لزمه ثوب واحد ، والمرجع فى تفسير المائة إليه) أى إلى المقرّ . قال المصنف (وهو القياس فى الأول) يعنى أن لزوم درهم واحد والرجوع فى تفسير المائة إلى المقرّ هو القياس فى الفصل الأول أيضا وهو قوله له علىّ مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعى) أى وبالقياس أخذ الشافعى فى هذا الفصل أيضا (لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) لأن العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على إبهامها كما فى الفصل الثانى) وهو قوله له علىّ مائة وثوب ونحو ذلك فلابد من المصير إلى البيان ، ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران . قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصلين (أنهم) أى أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره) أى بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أى استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أى كثرة الاستعمال (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك) أى كثرة الوجوب بكثرة الأسباب (فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعنى فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها) فإن الثياب لا تثبت فى الذمة دينا إلا فى السلم ، والشاة ونحوها لا يثبت دينا فى الذمة أصلا (فبقى) أى بقى هذا القسم (على الحقيقة) أى على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لا إلى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت هاهنا . أقول : فى تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر ، أما أولا فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدى فيما نحن فيه إذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين ، بل إنما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة ، وأما ثانيا فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ؛ ألا يرى إلى ما سيأتى أنه إذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا لانصراف التفسير إلى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ، ويمكن أن يتمحل فى الجواب بأن يقال : مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز

لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة ، وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على إبهامها كما فى الفصل الثانى . وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين ، والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ، وذلك فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها ، فإن الثوب لا يثبت فى الذمة دينا إلا سلما ، والشاة لا تثبت دينا فى الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقى على الحقيقة : أى على الأصل ، وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت ، وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع فى بيان المائة إلى المقرّ لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول : أى لاقتضاء العطف المغايرة ، بخلاف التفسير فإنه يقتضى الاتحاد (قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول : لا يخفى عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت دينا فى الذمة فى جميع المعاملات ، بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرها ،

(وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبها تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما فى الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا . قال (ومن أقرّ بتمرفى قوصرّة لزمه التمر والقوصرة) وفسره فى الأصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة . ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له ، وغصب الشيء وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق ،

فى كل عدد بل كتفوا بذكره مرة فى بعض الأعداد روما للاختصار ، ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الإطلاق والاطراد ، وكذلك اكتفوا به فى عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه فى الكلام كما نحن فيه . نعم الأولى هاهنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ، ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر فى الكافى وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام ، وذا فيما يثبت فى الذمة كالأثمان والمكيل والموزون ، بخلاف الثياب وما لايكال ولا يوزن فإنه لايكثروجوبها وثبوتها فى الذمة فبقيت على الأصل . قال فى النهاية : وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك فى قوله مائة وشاة . ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة ، بخلاف العبيد فإنها لاتقسم قسمة واحدة ، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق فى أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى . ويوافقه ما ذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال : رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال : يقرّ فى الأول بما يشاء ، ولوقال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهى ثياب وأغنام وأبعرة ، ولا يشبه هذا بنى آدم لأن بنى آدم لايقسم ، إلى هنا كلامه . وقال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية : وهذا ليس بظاهر ، فإن عندهما يقسم العبيد كالغنم ، وإنما لايقسمون عند أبى حنيفة رحمه الله انتهى ، فتأمل . قال المصنف (وكذا إذا قال مائة وثوبان) أى يرجع فى بيان المائة إلى المقر (لما بينا) من أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لايكثر وجوبها (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف إليهما) أى فانصرف التفسير المذكور إلى العددين جميعا (لاستوائهما فى الحاجة إلى التفسير فكان كلها) أى كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لايقال : الأثواب جمع ثوب لايصلح مميزا للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد ، كذا فى الكافى والشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد : وعاء التمر يتخذ من قصب ، وقولهم إنما تسمى بذلك مادام فيها التمر ، وإلا فهى زنبيل مبنى على عرفهم ، كذا فى المغرب . قال صاحب الجمهرة : أما القوصرة فأحسبها دخيلا . وقد روى :

أفلح من كانت له قوصره يأكل منها كل يوم مره

ثم قال : ولا أدرى ما صحة هذا البيت ، كذا فى غاية البيان . قال المصنف (وفسره فى الأصل) أى فسر الإقرار بتمر فى قوصرة فى الأصل وهو المبسوط (بقوله) أى بقول المقرّ (غصبت تمرا فى قوصرة . ووجهه) أى وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاء له) أى للتمر (وظرف له) أى للتمر (وغصب الشيء وهو مظروف) أى والحال أنه مظروف (لايتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أى فيلزم التمر والقوصرة المقرّ (وكذا الطعام فى السفينة) أى وكذا الحكم فيما إذا قال غصبت الطعام فى السفينة (والحنطة فى الجوالق) أى وفيما إذا قال غصبت الحنطة فى الجوالق ، والجوالق بالفتح جمع جوالق

بالاتفاق لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا ، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعا لاستوائهما فى الحاجة إلى التفسير . لا يقال : الأثواب جمع لايصلح تمييزا للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا . قال (ومن أقرّ بتمر فى قوصرّة الخ) الأصل فى جنس هذه المسائل أن من أقرّ بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما

ثم مانحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا (قال المصنف : ووجهه أن القوصرة الخ) أقول : بخلاف قوله على درهم

بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون الإقرار بغصب المنزوع . قال (ومن أقرّ بدابة فى إصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة و أبى يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ؛

بالضم ، والجواليق بزيادة الياء تسامح ، كذا فى المغرب . والأصل فى جنس هذه المسائل أن ما كان الثانى ظرفا للأول ووعاء له لزماه نحو ثوب فى منديل وطعام فى سفينة وحنطة فى جوالق ، وما كان للثانى مما لا يكون وعاء للأول نحو قولك غصبت درهما فى درهم لم يلزم الثانى لأنه غير صالح لأن يكون ظرفا لما أقرّ بغصبه أوّلا فلغا آخر كلامه ، كذا فى المبسوط وذكر فى الشروح . أقول : يرد على هذا الأصل النقض بما إذا أقرّ بدابة فى إصطبل فإن اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما سيأتى مع أنه لاريب فى أن الثانى فيه صالح لأن يكون ظرفا للأول . ويمكن أن يقال : إن ذلك من باب التخلف لمانع ، وقيد عدم المانع فى الأحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به فى مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة) يعنى أن الحكم المذكور فى كلمة فى وأما الحكم فى كلمة من فبخلافه (لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع) يعنى أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون إقرارا بأن مبدأ الغصب من القوصرة وإنما يفهم منه الانتزاع ؛ كذا فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى . وقال فى النهاية لأن كلمة من للتبعيض ، فإنما يفهم منه الانتزاع انتهى . وقال فى غاية البيان : ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما ، لأن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى . أقول : الحق فى توجيه كلام المصنف هاهنا ماذهب إليه الفرقة الأولى لا ماذهب إليه الفرقة الاخرى ، لأن كلمة من فى قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض ، إذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض فى ذلك القول . وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من فى معنى التبعيض فى موضع آخر فلا يجدى شيئا هاهنا كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة ، بخلاف معنى الابتداء فإن كلمة من فى ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا . وأما الحكم فى كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافا على حمار فكان إقرارا بغصب الإكاف خاصة ، والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه ، وغصب الشىء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل ، كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقرّ بدابة فى إصطبل لزمه الدابة خاصة) إنما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان إقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعا ، إلا أن اللزوم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى الدابة خاصة ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما ، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحوّل فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أى يضمن الدابة والإصطبل ، لأن محمدا رحمه الله يرى غصب

بكلمة « فى » أو بكلمة « من » فإن كان الأول كقوله غصبت من فلان تمرا فى قوصرة : وهى بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا فى منديل أو طعاما فى سفينة أو حنطة فى جوالق لزماه ، لأن غصب الشىء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف ، وإن كان الثانى كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم إلا المظروف ، لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع ، ومن أقرّ بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما فى درهم لم يلزمه الثانى ، لأن الثانى لما لم يصلح ظرفا

فى قفيز حنطة فإنه يلزم الدرهم والقفيز باطل لأنه أقر بدرهم فى الذمة ، وما فى الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا فى شىء آخر . ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل ، والمسئلة مذكورة فى غاية البيان فى شرح قوله له على خمسة فى خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول : أى أحدهما ظرفا والآخر مظروفا .

ومثله الطعام فى البيت . قال (ومن أقرّ لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقرّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لأن الاسم ينطوى على الكل (ومن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم علىّ الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه . (وكذا لو قال علىّ ثوب فى ثوب) لأنه ظرف ، بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لاظرف (وإن قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبى يوسف . وقال محمد : لزمه أحد عشر ثوبا)

العقار فيدخلان فى الضمان عنده كما يدخلان فى الإقرار (ومثله الطعام فى البيت) أى ومثل الإقرار بالدابة فى الإصطبل الإقرار بالطعام فى البيت . قال فى المبسوط : ولو قال غصبت منك طعاما فى بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما فى سفينة ، لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقرارا بغصب البيت والطعام ، إلا أن الطعام يدخل فى ضمانه بالغصب والبيت لايدخل فى ضمانه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأنه مما لاينقل ولا يحوّل ، والغصب الموجب للضمان لايكون إلا بالنقل والتحويل ، وإن قال لم أحوّل الطعام من موضعه لم يصدق فى ذلك لأنه أقرّ بغصب تام ، وفى الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو فى قوله لم أنقله راجعا عما أقرّ به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام ، وفى قول محمد هو ضامن للبيت أيضا إلى هنا لفظ المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف فى تعليله (لأن اسم الخاتم يشمل الكل) أى يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية ، فإذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالإقرار بالخاتم (وإن أقرّ له) أى لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف (لأن الاسم) يعنى اسم السيف (ينطوى) أى يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس : وهى بيت يزين بالثياب والأسرة والستور ، كذا فى الصحاح (فله) أى فللمقرّ له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) أى وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل ، وكذا لو أقرّ بدار أو أرض لرجل دخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى أن المقرّ لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته ، وكذا لو أقام المقرّ بالخاتم بينة على أن الفص له لم تقبل بينته ، وأما إذا قال هذا الخاتم لى وفصه لك ، أو هذا السيف لى وحليته لك ، أو هذه الجبة لى وبطانتها لك وقال المقرّ له الكل لى فالقول للمقرّ فبعد ذلك ينظر إن لم يكن فى نزع المقرّ به ضرر للمقر يؤمر المقرّ بالنزع والدفع إلى المقرّ له ، وإن كان فى النزع ضرر فواجب على المقرّ أن يعطيه قيمة ما أقرّ به ، كذا فى الذخيرة (وإن قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لأنه) أى المنديل (ظرف) للثوب (لأن الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشىء وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف (وكذا) أى وكذا الحكم (لوقال علىّ ثوب فى ثوب) لزماه (لأنه ظارف) أى لأن الثوب الثانى ظرف للثوب الأول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم فى درهم) أى بخلاف ما لو قال علىّ درهم فى درهم (حيث يلزمه واحد) أى درهم واحد (لأنه) أى لأن قوله فى درهم (ضرب) أى ضرب حساب (لاظرف) كما لايخفى (وإن قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبى يوسف) وفى الكافى وهو قول أبى حنيفة ، وفى التبيين وهو قول أبى حنيفة أوّلا (وقال محمد : يلزمه أحد عشر ثوبا

للأول لغا آخر كلامه . ومن أقرّ بغصب دابة فى إصطبل لزمه الدابة خاصة : يعنى أن الإقرار إقرار بهما جميعا ، لكن لايلزمه إلا ضمان الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكذا إذا قال غصبت منه طعاما فى بيت لأن الدابة والطعام يدخلان فى ضمانه بالغصب ، والإصطبل والبيت لايدخلان عندهما لأنهما غير منقولين ، والغصب الموجب للضمان لايكون إلا بالنقل والتحويل ، وعند محمد يدخلان فى ضمانه دخولهما فى الإقرار لأنه يرى بغصب العقار . والنصل حديدة السيف ، والجفن الغمد ،

لأن النفيس من الثياب قد يلفّ فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف . ولأبى يوسف أن حرف «فى» يستعمل فى البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخلى فى عبادى - أى بين عبادى . فوقع الشك والأصل براءة الذمم ، على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملا .

لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة فى حقيقة فى الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة هاهنا ، لأن الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته فى عشرة أثواب فلا يصار إلى المجاز . قيل هو منقوض على أصله ، فإنه لو قال غصبته كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد فى هذه الصورة أيضا ،مع أن عشرة أثواب حرير لاتجعل وعاء للكرباس عادة ، كذا فى الشروح . قال فى النهاية : وإليه أشار فى المبسوط (ولأبى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخلى فى عبادى - أى بين عبادى فوقع الشك) فى أن المراد بحرف «فى» هاهنا معنى الظرف أو معنى البين ، وبالشك لايثبت ما زاد على الواحد (والأصل براءة الذمم) لأنها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ولم توجد فيا زاد على الواحد فلم يلزمه إلا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعنى أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها بموعى بما حواه ، فإنه إذا لفّ ثوب فى أثواب يكون كل ثوب موعى فى حق ما وراءه ، ولا يكون وعاء إلا الثوب الذى هو ظاهر فإنه وعاء وليس بموعى ، فلفظة كل هاهنا لمجرد التكثير لاللاستغراق كما قالوا فى نظائرها ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة فى على الظرف فى قوله ثوب فى عشرة أثواب (فتعين الأول) أى المعنى الأول الذى هو البين (محملا) بكلمة «فى» فى قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى إلا ثوب واحد . قال كثير من الشراح فى حل هذا المقام : فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال : وتعين أول كلامه محملا : يعنى أن يكون فى بمعنى البين انتهى . أقول : هذا الشرح منهم لايطابق المشروح ، إذ لايساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقرّ لغوا ، فإن قوله فتعين الأول محمد بدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أوّلا ، فإذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعانى المستعملة فيها كلمة فى لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام ، إذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن . ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية ، فإن قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حمل على الأول فى قول المصنف فتعين الأول محملا على أول كلام المقر ، وهذا مع كونه مما يأبى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعنى أن يكون فى معنى البين ، لأن الكون فى بمعنى البين إنما يتصور فى آخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب دون أوّل كلامه وهوقوله علىّ ثوب إذ لامساس له بمعنى البين أصلا . واعلم أن الإمام الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى : قد اشتبه علىّ فى هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار إليه أم يستوى المعين والمنكر فى ذلك ، إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ،

والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف ، والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة ، والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب ، وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور (قوله لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبت كرباسا فى عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لايجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد ، بل كل واحد منها موعى بما حواه ، والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين

(قوله قيل هو منقوض على أصله)أقول : إطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح ، فإن اللازم تصور الدليل عن المدعى (قال المصنف : فوقع الشك) أقول : لتعارض الحقيقة لكلمة « فى » والعادة ، فإن الثوب الواحد لايصان فى عشرة أثواب عادة (قال المصنف : على أن كل ثوب موعى الخ) أقول : لفظة كل هاهنا التكثير .

(ولوقال لفلان علىّ خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لأن الضرب لايكثر المال . وقال الحسن : يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه فى الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولوقال له علىّ من درهم إلى عشرة أو قال مابين درهم إلىعشرة لزمه تسعة عند أبىحنيفة فيلزمه الابتداء ومابعده وتسقط الغاية ،وقالا : يلزمه العشرة كلها)فتدخل الغايتان . وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان .

ومنه أنه يستوى فيه المعرّف والمنكر ويرجع فى بيان المنكر إليه وهو ماقاله فى المحيط ، ولو قال غصبتك ثوبا فى منديل فهو إقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع فى البيان إليه ، ولو قال درهم فى درهم أودرهما فى طعام لم يلزمه إلا درهم ، والأصل فى هذه المسائل أن فى متى دخلت على مايصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما ، وإلا فغصب الأول دون غيره ، إلى هنا كلامه (ولو قال لفلان علىّ خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأن الضرب لايكثر المال) يعنى أن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا فى تكثير المال وخمسة دراهم وزنا ، وإن جعل ألف جزء لايزاد فيه وزن قيراط ، على أن حساب الضرب فى الممسوحات لا فى الموزونات ، كذا قالوا ، ولأن حرف فى للظرف حقيقة والدراهم لاتكون ظرفا للدراهم ، واستعماله فى غير الظرف مجاز ، والمجاز قد يكون بمعنى مع ، قال الله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ أى مع عبادى ، وقد يكون بمعنى على كما فى قوله تعالى ـ ولأصلبنكم فى جذوع النخل ـ أى على جذوع النخل ، وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره ، كذا فى المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعنى الحسن بن زياد صاحب أبى حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لأنه الحاصل من ضرب خمسة فى خمسة عند أهل الحساب وقد مرّ جوابه آنفا . قال المصنف (وقد ذكرناه فى الطلاق) أى فى باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق ، ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين فى ثنتين ونوى الضرب والحساب ، فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث ، وإنما ذكر مسئلة الإقرار صريحا فى كتاب الطلاق فى شروح الجامع الصغير ، كذا فى غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أى لو قال المقرّ أردت بقولى خمسة فى خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله) قال الله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ قيل مع عبادى ، كذا فى الكافى ، ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لأنه استعمل فى بمعنى واوالعطف ، كذا فى المبسوط . وقد ذكر المصنف فى باب إيقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة فى ثنتين واحدة وثنتين فهى ثلاث لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لأن فى يأتى بمعنى مع قال الله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لايصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى ، إلى هنا لفظه . قال صاحب النهاية : ولم يذكر فى الكتاب ولا فى المبسوط أنه لو أراد بفى معنى على ما حكمه عند علمائنا . وذكر فى الذخيرة أن حكمه أيضا كحكم فى ، حتى لوقال لفلان علىّ عشرة فى عشرة ثم قال عنيت به علىّ عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اهـ (ولو قال له علىّ من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبى حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقالا : يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أى الابتداء والانتهاء (وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال فى النهاية : والقياس ما قاله زفر ، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا ولا يدخل الحد فى المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو مابين هذين الحائطين لايدخل الحائطان فى الإقرار ، فكذلك هاهنا لايدخل الحدان . وأبو يوسف ومحمد قالا : هو كذلك فى حدّ قائم بنفسه كما فى المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لأنه إنما يتحقق كونه حدا إذا كان واجبا فأما ماليس بواجب فلا يتصوّر أن يكون حدا لما هو واجب

أول كلامه محملا : يعنى أن يكون « فى » بمعنى البين (قوله لأن الضرب لايكثر المال) معناه أن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا فى زيادة المال ، وخمسة دراهم وزنا وإن جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط ، وباقى كلامه ظاهر ، وقد تقدم فى كتاب الطلاق .

(ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله مابينهما وليس له من الحائطين شىء) وقد مرت الدلائل فى الطلاق .

(فصل)

(ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم ، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح) لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم إذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه ،

وأبو حنيفة يقول : الأصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود ، وما لايقوم بنفسه حد ذكرا وإن لم يكن واجبا ، إلا أن الغاية الأولى لابد من إدخالها لأن الدرهم الثانى والثالث واجب ولا يتحقق الثانى بدون الأول ، ولأن الكلام يستدعى ابتداء ، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون واجبا صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده ، فلأجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الأولى ، ولا ضرورة فى إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى .

والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة فى الغاية الأولى استحسان وفى الغاية الثانية قياس وما قالاه فى الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده (ولو قال له من دارى مابين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله) أى للمقر له (مابينهما) أى ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شىء) أى لاتدخل الغايتان فى هذه الصورة بالاتفاق . قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أى دلائل هذه المسائل (فى الطلاق) أى فى باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه .

(فصــــل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط ، كذا فى الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لايخلو عن ثلاثة أوجه ، لأنه إما أن يبين سببا أو لايبين ذلك ، فإن بين سببا فإما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح ، فإن كان صالحا وهو الذى ذكره بقوله (فإن قال أوصى بها) أى بالألف (له) أى للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أى أبو الحمل (فورثه) أى ورث الحمل الألف أنث ضمير الألف أولا باعتبار الدراهم ، وذكره ثانيا لكون الألف مذكرا فى الأصل . قال فى القاموس : الألف من العدد مذكر ، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالإقرار) فى هذا الوجه (صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أى للحمل : يعنى أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل ، فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه ، فكذلك إذا ثبت بإقراره ، وهذا لأن الإقرار صدر من أهله مضافا إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية (ثم إذا) وجد السبب فلابد من وجود المقر له عنده ، فإن (جاءت) أى فلانة (به) أى بالولد (فى مدة يعلم بها أنه) أى الولد (كان قائما) أى موجودا (وقت الإقرار لزمه) أى لزم المقر ما أقر به ، والعلم بأن الولد

(فصــــل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط ، والله أعلم . قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل ، فإما أن يبين سببا أولا ، فإن بين فإما أن يكون سببا صالحا أولا

(فصــــل)

(قال المصنف : ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول : قال الإتقانى : لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لأنها وصية لصاحب الدابة ، لأن الدابة لاتصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى . وفى المحيط فى باب إقرار الصبى والمعتوه والسكران والأخرس والإقرار لهم : لو قال لدابة فلان على ألف دراهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا لما فى المبسوط) أقول : أى فى إيراد مسئلة الخيار عقيب مسائل الحمل ، وإن خالف المبسوط حيث أوردها فى فصل واحد .

كان موجودا وقت الإقرار بطريقين أحدهما حقيقى والآخر حكمى . فالحقيقى ما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر ، والحكمى ما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة ، إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن ، وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا . ثم إن الشراح افترقوا هاهنا فى تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ ، فمنهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضا فى شرح الوقاية . ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بأن وضعته لأقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافى ، وذكر فى المبسوط أيضا أقول : القول الأول وإن كان أوفق بالمشروح فى الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الإقرار إلا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق ، وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر فى صدر كتاب الإقرار ، فإن مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار ، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك ، فإنه إذا جاءت بالولد فى مدة هى أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث ، أو أكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة ، فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شىء ، أما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلأنه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ، ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك فى الحال . وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فلأنه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ، ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شىء وإن كان موجودا وقت الإقرار كما إذا بين سببا غير صالح على ما سيأتى . لكن بقى هاهنا شىء على القول الثانى أيضا وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمى لا الحقيقى وذلك بأن وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى . ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما . فإن قيل : اعتبر أول المدة فى الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى فى الطريق الحكمى

فإن كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك بإقراره ، ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الإقرار ، فإن جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما : أى موجودا وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه ، وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهى معتدة فكذلك ، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهى غير معتدة لم يلزمه ، وكذا إن جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث يقسم بين ورثته ، لأن هذا الإقرار فى الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ، وإن جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين ، وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فى الوصية كذلك ، وفى الميراث للذكر

وفى المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة ، فعنون مسائل الحمل بقوله باب الإقرار لما فى البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار (قوله من وقت الإقرار لزمه) أقول : الصواب أن يقول من وقت موت الموصى والمورث كما قاله العلامة النسفى فى الكافى حيث قال : قال فى المبسوط : وهذا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت ، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا إلا أن تكون المرأة معتدة ، فحينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصى والمورث انتهى . وذلك هو الموافق أيضا لما سيجىء فى كتاب الوصايا فراجعه (قوله وفى الميراث للذكر

فإن جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورّث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار فى الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ، ولوقال المقرّ باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شىء) لأنه بين مستحيلا.

أيضا كذلك فلا يتصوّر حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين وإلا لايكون طريقا للعلم بذلك أصلا . قلنا : فعلى ذلك لايثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فإن جاءت به) أى إن جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيما إذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيما إذا قال مات أبوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) أى يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لأنه) أى لأن ماقاله (إقرار فى الحقيقة لهما) أى للموصى والمورث (وإنما ينتقل) منهما (إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) إليه هاهنا لأنه مات قبل الولادة (ولوجاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين . وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك ، وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : وهذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء . أقول : لاحاجة إلى هذا التقييد بالنظر إلى وضع المسئلة ، وهو : إن قال المقرّ مات أبوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافى وغيرهم ، وأما بالنظر إلى مطلق الإرث فلا بد من التقييد وإن كان السبب غير صالح وهو الذى ذكره بقوله (ولو قال المقرّ باعنى أو أقرضنى) أى باعنى الحمل أو أقرضنى (لم يلزمه شىء لأنه بين مستحيلا) أى لأن المقرّ بين سببا مستحيلا فى العادة ، إذ لايتصور البيع والإقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لاولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا إليه من هذا الوجه ، وإذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شىء فإن قيل: فهذا يكون رجوعا عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لايصح وإن كان موصولا . قلنا : ليس كذلك ، بل هو بيان سبب محتمل

مثل حظ الأنثيين ، وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شىء لأنه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لاحقيقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لايولى عليه . فإن قيل : كأن ذلك رجوعا وهو فى الإقرار لايصح . أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة ، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ للرضيع وبين السبب بذلك ، لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصوّر ذلك حكما بنائبه وهو القاضى أو من يأذن له القاضى ، وإذا تصوّر بالنائب جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه وإن لم يبين سببا ، وهو المراد بقوله وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبى يوسف وصححه محمد ، لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى محله كان حجة يجب العمل بها ، ولا نزاع فى صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة ، كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل . ولأبى يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه

مثل حظ الأنثيين) أقول : إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء (قوله فإن قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول : أنت خبير بأن هذا السوال إنما يتوهم وروده على مذهب محمد لاعلى رأى أبى يوسف فإنه لا يصح الإقرار إذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا (قوله أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول : فى مبسوط شمس الأئمة . قلنا : لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل ، فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه ، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لارجوعا فلهذا كان مقبولا منه انتهى . ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام ، وإن شئت زيادة تفصيل فراجع إلى ماقالوا فى توجيه قوله عليه الصلاة والسلام « كل ذلك لم يكن

قال (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف ، وقال محمد : يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح . ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرّح به .

وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لارجوعا فلهذا كان مقبولا منه ، كذا في المبسوط وأكثر الشراح . قال في العناية : أجيب بأنه ليس برجوع ، بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن ظهر كذبه فإنما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل إقراره ، وهذا لاينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل إقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقا في إقراره بأن كان له سبب صالح في نفس الأمر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا ، بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فإنه كاذب هناك في أصل إقراره بيقين ، فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره . فإن قلت : كما أن البيع والإقراض لايتصوران من الجنين كذلك لايتصوران من الرضيع ، ومع ذلك لو أقرّ بأن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤاخذ به . قلت : الرضيع وإن كان لايتجر بنفسه لكنه من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه ، وكذلك الإقراض وإن كان لايتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي . وإذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب عنه ، كذا في النهاية وغيرها ، وإن لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وإن أبهم الإقرار لم يصح) أي الإقرار (عند أبي يوسف) قيل وأبو حنيفة معه ، وبه قال الشافعي في قول (وقال محمد : يصح) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد (لأن الإقرار من الحجج) الشرعية (فيجب إعماله) مهما أمكن ، وذلك إذا صدر من أهله مضافا إلى محله (وقد أمكن) إعماله هاهنا ، إذ لانزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه) أي مطلق الإقرار (ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين في الشركة (عليه) أي على الإقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الإقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال ، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لايؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا ، كذا في المبسوط (فيصير) أي فيصير المقرّ فيما إذا أبهم بدلالة العرف (كما إذا صرح به) أي بسبب التجارة ، ولو صرح به كان فاسدا ، فكذا إذا أبهم . قال في النهاية : ولأبي يوسف وجهان : أحدهما ما ذكر في الكتاب ، والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال : إن هذا إقرار صدر من أهله لأهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله ، إلا أن حمله على الجواز متعذر لأن الجواز له وجهان : الوصية ، والميراث ، والجمع بينهما متعذر ، وليس أحدهما بأن يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ، ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدا وإن احتمل الجواز لأن للجواز وجهين ، بأن يصرف إليه مثل

فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به . ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح

في جواب ذي اليدين » (قوله فيصير بدلالة العرف الخ) أقول : ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة ، وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل .

قال (ومن أقرّ بحمل جارية أوحمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه)لأنله وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه .

الثمن أو أكثر ، والجمع بينهما متعذر ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا ، بخلاف العبد المأذون إذا أقرّ حيث يجوز لأن للجواز جهة واحدة وهى التجارة وللفساد جهات ، وهذا بخلاف ما لو بيّن سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الإقرار صحيحا لأن جهة الجواز متعينة ، وهى ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه . أقول : الوجه الذى ذكر فى الذخيرة منظور فيه ، أما أوّلا فلأنا لانسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الإقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما ، وعدم تعين واحد منهما فى صورة إبهام الإقرار له يقتضى تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لايكفى فى صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه مّا من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما ؛ ألايرى أن جهالة نفس المقرّ به لاتمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقرّ به ؟ غاية الأمر أن يلزم المقرّ بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقرّ به المجهول ، فمن أين يلزم الحكم بالفساد . وأما ثانيا فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل لك علىّ ألف درهم ولم يبين سببه ، فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر ، والفساد بأن يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أوميتة . ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدهما أولى من الآخر . وأما ثالثا فلأن التنظير المذكور فيه ليس بتام ، لأن الجهالة فى مسئلة بيع العبد المشترى مع عبد آخر من البائع ليست فى السبب بل فى قدر ثمن العبد الذى اشتراه من من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة فى ثمنه وجهالة الثمن فى البيع مفسدة بلاكلام ، بخلاف جهالة السبب فى الإقرار كما تحققته ، على أن التعليل فساد البيع فى تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام أيضا لأنه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له ، فإن لجواز بيعه أيضا وجهين : بأن يصرف إليه ما بقى من مثل الثمن الأوّل للعبد المشترى من البائع ، أو ما بقى من أكثر منه ، فإنه إذا صرف إلى أحد العبدين شىء من الثمن المسمى لهما يكون الباقى منه مصروفا إلى الآخر ضرورة ، فتعدد وجه الجواز فى أحدهما يقتضى تعدد وجه الجواز فى الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له فى المسئلة المزبورة ليس بفاسد إجماعا ، وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما إذا باع العبد المشترى بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة ، فإن التعليل المذكور يجرى فى هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشترى من البائع فى هذه الصورة أقل من الثمن الأول ، بخلاف الصورة الأولى فازداد فى هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها . ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشترى من البائع فى الصورة الأولى بوجه آخر لايرد عليه شىء مّا من مادتى النقض فتأمل وراجع محلها (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقرّ بحمل جارية أوحمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه) أى لزم المقرّ ما أقرّ به (لأن له) أى لإقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقرّ بأن أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقرّ وارثه وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان ، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح : ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لأن من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل . أقول : ليس الأمر كذلك ، فإن الفقهاء صرّحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ، وستأتى المسئلة بعينها فى كتاب الوصايا من هذا

الإقرار ولزمه ،لأن له وجها صحيحا لأن الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقرّ وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه ، وإذا صح ذلك وجب الحمل عليه ، ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لأن من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أيضا . ومن أقرّ لرجل بشىء على أنه بالخيار فى إقراره لثلاثة أيام فالإقرار صحيح يلزم به ما أقرّ به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله علىّ ونحوه ، والخيار باطل لأن الخيار للفسخ والإخبار لايحتمله ،لأن الخبر إن كان صادقا بمطابقته للواقع

قال (ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والإخبار لايحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل ، والله أعلم .

الكتاب ، فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت ، فإذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت ، فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث . فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث فى هذه الصورة ولا لتعليلهم إياه بأن من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل ، تأمل جدا فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور . ثم أقول : يشكل بهذه المسئلة الوجه الذى ذكر فى الكتاب وفى المبسوط من قبل أبى يوسف رحمه الله فى المسئلة الأولى فى صورة إبهام الإقرار ، فإن مطلق الإقرار لم يصرف هاهنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن يبيع الحمل من المقرّ له وبنحو ذلك من الأسباب الغير الصالحة فى حق الحمل بل صرف عندهم جميعا إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره فى ذلك الوجه من أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر ، وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لأبى يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الأولى فقال صاحب الغاية : والفرق لأبى يوسف بين هذه المسئلة حيث جوّز الإقرار بالحمل وبين المسئلة الأولى حيث لم يجوز الإقرار للحمل إذا أبهم الإقرار أن هاهنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية ، بخلاف الأولى فإن طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية ، وإلى ذلك أشار محمد فى الأصل لأبى يوسف قال : أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما ؟ أثلاثا باعتبار الميراث ، أم نصفين باعتبار الوصية ؟ ففيه إشارة إلى أن جواز الإقرار متعذر لاحتماله وجهين إرثا ووصية انتهى . وقال صاحب النهاية : قد ذكرنا آنفا أنه إذا كانت جهة الجواز متعذرة لايحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن إحداهما فى الحمل عليها بأولى من الأخرى ، وأما إذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الإقرار به كما فى هذه المسئلة فإن مزاحمة الميراث الوصية فى حق الحمل عليه غير صحيح ، لأن الوارث إذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الأم لشيوع حقه فى جميع التركة . وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لاتكون وصية بالأم فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز ، وهذا هو الفرق لأبى يوسف فى صحة إقراره مطلقا بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية ، وليس إحداهما أولى من الأخرى فيبقى على البطلان انتهى . وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا . أقول : مدار ما ذكروه من الفروق على حرفين : أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافى الحمل على الجواز . وثانيهما أن جهة الجواز فى هذه المسئلة منحصرة فى الوصية ، وقد عرفت ما فى كل واحد منهما بما ذكرناه فى المقامين فيما مر آنفا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط) يعنى ومن أقرّ لرجل بشىء على أنه بالخيار فى إقراره ثلاثة أيام صح الإقرار وبطل الشرط . أما بطلان الشرط وهو الأهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله (لأن الخيار للفسخ) أى لأجل الفسخ (والإخبار لايحتمله) أى لايحتمل الفسخ : يعنى أن الإقرار إخبار والإخبار لايحتمل الفسخ ، لأن الخبر إن كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره ، وإن كان كاذبا فهو واجب الرد لايتغير باختياره وعدم اختياره ، وإنما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضائه ، وأما صحة الإقرار التى حكمها لزوم المقرّ به كما أشار إليه بقوله (ولزمه المال) أى ولزم المقرّ المال الذى أقرّ به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهى قوله على ونحو ذلك (ولم ينعدم) أى اللزوم ، وقيل : أى الإخبار (بهذا الشرط الباطل) يعنى شرط الخيار إذ لاتأثير للباطل ، ولأن الخيار معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لايحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار ، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام إقرارا والخيار يدخل

فلا معتبر باختياره وعدم اختياره ، وإن كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره ، وإنما تأثيره فى العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وإمضائه .

(باب الاستثناء وما فى معناه)

قال (ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقى ولكن لابد من الاتصال ،

على حكم السبب ، فإذا لغا بقى حكم الإقرار وهو اللزوم ، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لايمنعه ، كذا فى المبسوط وغيره . قال فى المحيط البرهانى : هذا إذا أقرّ بالمال مطلقا ولم يبين السبب ، فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان علىّ ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة على أنى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم ، لأنه وإن بين السبب إلا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لايصح ، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لايحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، وإن كان قرضا أو غصبا بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لايصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قابلا للفسخ بالردّ لأن حق الفسخ للمقرّ ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون فى اشتراط الخيار فائدة . ولو قال لفلان علىّ ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقرّ بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الأصل فى جانب المقرّ ، إنما ذكره فى جانب المقرّ له ولا شك أن المقرّ له إذا لم يصدق المقر فى الخيار لايثبت له الخيار لأنه فى الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له فى ذلك لأن هذا اشتراط الخيار فى سبب الوجوب وهو الشراء ، واشتراط الخيار فى الشراء مستقيم ، بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لأن هناك المال مشروط فى الإقرار ، واشتراط الخيار فى الإقرار لايستقيم ، فإن كذبه المقرّ له فى الخيار فأراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الأصل . قالوا :ويجب أن لاتسمع بينته لأن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة ، ودعوى الخيار من المقرّ هاهنا لم تصح لمكان المناقضة ، إلى هنا لفظ المحيط .

(باب الاستثناء وما فى معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا كالشرط وغيره لأن الأصل عدم التغيير (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن استثنى متصلا بإقراره) أى موصولا بإقراره لامفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقى) أى لزم المقرّ الباقى بعد الثنيا (لأن الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام (عبارة عن الباقى) فإن معنى قوله علىّ عشرة إلا واحدا معنى على تسعة لما عرف فى الأصول (ولكن لابد من الاتصال) لأن الاستثناء بيان تغيير

(باب الاستثناء وما فى معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهوالاستثناء ومافى معناه فى كونه مغيرا وهوالشرط . والاستثناء استفعال من الثنى وهوالصرف وهو متصل ، وهو الإخراج والتكلم بالباقى ، ومنفصل وهو مالا يصح إخراجه (قال : ومن استثنى متصلا بإقراره صح استثناؤه ولزمه الباقى) أما لزوم الباقى فلأن الاستثناء مع الجملة: أى الصدر عبارة عن الباقى لأن معنى قوله علىّ عشرة إلا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف فى الأصول. وأما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا فى الأصول ، ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر ، وهوأيضا قول الأكثر . وقال الفراء : استثناء الأكثر لايجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك ، والدليل على جوازه

(باب الاستثناء وما فى معناه)

(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء) لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا ،

فيصح بشرط الوصل ، وهذا قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا فى الأصول (وسواء استثنى الأقل) أى الأقل من الباقى كما فى قوله لفلان على ألف إلا أربعمائة (أو الأكثر) منه كما فى قوله لفلان على ألف إلا ستمائة : يعنى لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الأكثر . وفى العناية : وقال الفراء : استثناء الأكثر لايجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك . وفى معراج الدراية : وقال الفراء : لايجوز استثناء الأكثر من الأقل . وعن أحمد مثله انتهى . وفى الكافى وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء : إنه لايصح استثناء الأكثر انتهى . ويوافق ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال : وأما إذا قال لفلان على ألف إلا تسعمائة وخمسين درهما فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما ، وهذا عندنا وعند مالك والفراء ، وهو قول أبى يوسف على ما روى عنه فى غير رواية الأصول لايصح استثناء الأكثر ويلزمه الألف لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى . قال جماعة من الشراح : والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا . نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه -أقول : فى كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الأكثر نظر ، لأن صاحب الكشاف قال فى تفسيرها : نصفه بدل من الليل ، وإلا قليلا استثناء من النصف ، كأنه قال : قم أقل من نصف الليل ، ثم قال : وإن شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا ، فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الأكثر ، أما على الوجه الأول فلأن المستثنى لايكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بأنه أكثر من الباقى . نعم يعلم حينئذ أنه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقى أيضا ، وأما على الوجه الثانى فلأن المستثنى يكون حينئذ والنصف لا الأكثر ، والمدعى جواز استثناء الأكثر ، فالأظهر فى الاستدلال عليه ما ذكر فى كثير من الشروح ، وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ، ولا فرق فى ذلك بين استثناء الأقل والأكثر ، وعدم تكلم العرب به لايمنع صحته إذا كان موافقا لطريقهم ؛ ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ، ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم إلا تسعة فجائز فى ظاهر الرواية ويلزمه درهم ، إلا ما روى عن أبى يوسف أنه لايصح وعليه العشرة . والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل ، إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ، ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح ، انتهى كلامه . ثم إن لجواز استثناء الأكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب فى مختصره من أصول الفقه ، وهو قوله تعالى - إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - فإن الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى - وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين - (فإن استثنى الجميع) أى الكل بأن قال لفلان على ألف درهم إلا ألف درهم (لزمه الإقرار) أى لزم المقر جميع ما أقر به (وبطل الاستثناء) أى بطل ما ذكره فى صورة الاستثناء (لأنه) أى لأن الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بالباقى بعد الثنيا (ولاحاصل بعده) أى ولا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) أى فيكون ما ذكره فى صورة الاستثناء رجوعا

قوله تعالى- قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه - واستثناء الكل باطل لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا ، والرجوع عن الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء ، وهذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح . قال المصنف فى الباب الأول

(قوله قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا نصفه -) أقول : قوله نصفه بدل من قليلا .

وقد مر الوجه فى الطلاق .

عن الإقرار لامحالة لا استثناء حقيقيا ، والرجوع عن الإقرار فى حقوق العباد باطل وإن كان موصولا ، لأنه إنما يصح موصولا مايكون فيه معنى البيان لأول كلامه ، والإبطال ليس من البيان فى شىء ،كذا فى المبسوط وغيره . قال فى غاية البيان : وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لايجوز استثناء الألف وزيادة أولى . قال المصنف (وقد مرّ الوجه فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . اعلم أن هذا الذى ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه ، وأما إذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وإن أتى على جميع المستثنى منه نحو أن يقول نسائى طوالق إلا هؤلاء وليس له نساء إلا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ، ولو قال نسائى طوالق إلا نسائى لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن ، وكذا لو قال عبيدى أحرار إلا عبيدى لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم : ولو قال عبيدى أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم ، وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى إلا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ، ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان إلا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء . كذا فى شرح الطحاوى . ولقد أفصح المصنف عن هذا فى الباب الأول من أيمان الزيادات حيث قال : استثناء الكل من الكل إنما لايصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما إذا قال نسائى طوالق إلا نسائى لايصح الاستثناء ، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى . وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك هاهنا : وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ؛ ألا يرى أنه إذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات إلا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان ، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لايجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم . وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل فى ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد ، وإذا كان كذلك صح الاستثناء ، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لأنه لايصلح لإخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء، انتهى كلامه . واقتفى أثره صاحب الكفاية فى بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره . أقول : التحقيق الذى ذكروه مما لايساعده لفظ المصنف فى الزيادات ، لأن قولهم إن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا إنما يتمشى عند كون غير اللفظ الأول أخص من اللفظ الأول بحسب المفهوم ، وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائى كذا إلا حلائلى أو إلا أزواجى ، أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق إلا نسائى فلا يتمشى ذلك

من أيمان الزيادات : استثناء الكل من الكل إنما لايصح إذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائى طوالق إلا نسائى لايصح الاستثناء ،ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح . قيل : وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا ، لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج ، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ فإنه لايمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا . فإن قيل : هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك ؟ أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظى ، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان ، وإن كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لايزيد على الثلاث ، ومع هذا لايجعل

(ولو قال له على ّ مائة درهم إلادينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على ّ مائة درهم إلاثوبا لم يصح الاستثناء.وقال محمد:لايصح فيهما) وقال الشافعي : يصح فيهما . لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ،وهذا لايتحقق فى خلاف الجنس . وللشافعي أنهما اتحدا جنسا من حيث المـالية .

قطعا . وقول المصنف فى الزيادات : أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح بتناول ماكان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لأن كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لاعينه فيقتضى أن يصح الاستثناء فيهما أيضا ، وليس الأمر كذلك كما صرحوا به . قال فى التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل . وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدى أحرار إلا عبيدى أو إلا مماليكى لكن إذا استثنى بلفظ يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجود يساويه يصح نحو عبيدى أحرار إلا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى . وقال بعض الأفاضل فى أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق : وقال مشايخنا : هذا إذا كان بلفظه نحو نسائى طوالق إلا نسائى ، أو بما يساويه نحو نسائى طوالق إلا حلائلى أو بأعم منه ، وإن استثنى بلفظ يكون أخص منه فى المفهوم يصح وإن كان يساويه فى الوجود نحو نسائى طوالق إلا زينب وهند وبكرة وعمرة أو إلا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لاتطلق واحدة منهن ، انتهى كلامه . وقد ذكرنا فيامر نقلاعن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما إذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه : أى أعم منه (ولو قال له على ّ مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى يصح الاستثناء ويطرح من المـائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على ّ مائة) أى مائة درهم (إلا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد : لايصح فيهما) أى فى الوجهين وهو القياس ، وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي : يصح فيهما) أى فى الوجهين ، وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعنى أن الاستثناء تصرف فى اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لايتحقق فى خلاف الجنس) أى فى استثناء خلاف الجنس وإطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعي أنهما) أى المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المـالية) يعنى أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المـالية فانتفى المـانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظى . قال فى الكافى : والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف فى كيفية عمل الاستثناء، فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة : أى إنما امتنع ثبوت الحكم فى المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص فى العام، فتقدير قوله لفلان على ّ عشرة إلا درهما فإنه ليس على ّ فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لأول كلامه لا لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به ، لأن أهل اللغة أطبقوا أن الاستثناء من النفى إثبات ومن الإثبات نفى ، وهذا إجماع منهم أن للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ، ولأن كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق ، فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد ّ حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا ، فإذا ثبت هذا الأصل فقال العمل بدليل المعارض واجب بحسب الإمكان وقد أمكن هنا للمجانسة من

كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتباره أولى . ولو قال له على ّ مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة إلا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد . ولو قال له على ّ مائة إلا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي . وقوله (فيهما) أى فى قول محمد والشافعي يعود إلى المقدر وغيره ، لأن الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر . لمحمد أن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لايتحقق فى خلاف الجنس وهذا هو القياس . وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المـالية فانتفى المـانع بعد تحقق المقتضى وهو

(قال المصنف : لدخل تحت اللفظ) أقول : فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ، ويجوز أن يعود إلى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام .

ولهما أن المجانسة فى الأول ثابتة من حيث الثمنية ،

حيث المالية . وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ، ويخرج كلامه فى القدر المستثنى من أن يكون إيجابا لقوله تعالى ـ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما ـ وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون فى الإيجاب لافى الإخبار ، وقد قال أهل اللغة قاطبة : إن الاستثناء استخراج وتكلم بالباقى بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول إنه استخراج وتكلم بالباقى بوضعه وإثبات ونفى بإشارته ، واختير الإثبات فى كلمة التوحيد إشارة والنفى قصدا لأنه المقصود . إذ الكفار يقرّون به إلا أنهم يشركون معه غيره ، قال الله تعالى ـ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله ـ فإذا ثبت هذا الأصل فنقول الخ . وسلك صاحب النهاية هذا المسلك فى حل هذا المقام إلا أنه قال فى أثناء تقرير كلام الشافعى بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان . فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين فيمتنع العمل بقدره ، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى ، وقد اقتفى أثره بعض الشراح . وقال صاحب العناية : وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا وهو الحق ، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهوأحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا ، انتهى كلامه . أقول : لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعى سوى صاحب الغاية فإنه قال خلافا للشافعى ، لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ، ألا ترى إلى قوله :

وبلـــدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى . وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين و إن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدالّ على ذلك ، لأن المراد بالجنس فى قولهم إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض فى العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هوجنس معنى فقط وإلا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض فى العين كما لايخفى على المتأمل ،فكان المراد بالجنس فى قولهم وإن لم يكن من جنسه ماهو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى فى بعض مواد الاستثناء ، وهذا لاينافى كون المجانسة فى الجملة شرطا عند الشافعى أيضا فى جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية ، فقول الشارح الأكمل : قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن المجانسة فى الأول) أى فى الوجه الأول وهوقوله له علىّ مائة درهم إلا دينارا وإلا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعنى أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهى فى الوجه الأول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثانى وهو قوله على مائة درهم إلا ثوبا . قال فى العناية : وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لايرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام فى تناولها إياه حكما ، فقلنا بتناول ماكان على أخص

التصرف اللفظى ، وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا وهو الحق ، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول : إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا . ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهى فى المقدرات ثابتة . وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لايرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام فى تناولها إياه حكما ، فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وهوالدنانير والمقدرات والعددى المتقارب . أما الدنانير فظاهرة ، وأما المقدرات فلأنها أثمان بأوصافها ، فإنها إذا وصفت تثبت فى الذمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها ، وأما العددى المتقارب فلأنه بمنزلة

وهذا فى الدينار ظاهر. والمكيل والموزون أوصافهما أثمان ، أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ، وما لايكون ثمنا لايصلح مقدرا فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح .

أوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعنى أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء الدينار فى الوجه الأول فظاهر ، لأن كلا من الدينار والدرهم من جنس الأثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) يعنى وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية فى صورة استثناء قفيز حنطة فى الوجه الأول فلأن المكيل والموزون أوصافهما أثمان . توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان بأوصافهما وإن لم تكن أثمانا من حيث الذات : حتى لو عينت فى العقد يتعلق العقد بعينها إلا أنها إذا وصفت ثبتت فى الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى وإن كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقى معنى لاصورة ، لأنه تكلم بالمائة صورة ، كذا فى الكافى والشروح (أما الثوب) فى الوجه الثانى (فليس بثمن أصلا) أى لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أى لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الأوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة إلا قدر قيمة المستثنى . وفى الذخيرة : إذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقرّ به ، وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شىء (وما لايكون ثمنا لايصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفى بعض النسخ : فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أى الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقرّ به لاتمنع صحة الإقرار ، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة فى المستثنى منه فبقى المقرّ به مجهولا ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . قال فى العناية : ولقائل أن يقول : ما ليس بثمن لايصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثانى ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلابد من تقدير التجانس ، ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات انتهى. أقول : بقى هاهنا كلام آخر ، وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمنا واجبا فى الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لابسبب الذات والعين ، حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب فى الذمة ، ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب فى الذمة . فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم إذا كان موصوفا لامطلقا ، وفى مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشىء فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى

المثلى فى قلة التفاوت ، وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما فى أخص الأوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته ، وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة ، وما ليس بثمن لايصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا ، وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء . ولقائل أن يقول : ماليس بثمن لايصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثانى ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلابد من تقدير التجانس ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك فى غير المقدرات . قال (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله الخ) ومن قال لفلان علىّ مائة درهم إن شاء الله لم يلزمه الإقرار ، لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال كما هو مذهب أبى يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد ،

قال (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا) بإقراره (لم يلزمه الإقرار) لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق ؛ فإن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثانى فكذلك ، إما لأن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لايوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق ،

المستثنى من الدراهم مجهولا فى هذا الوجه أيضا فينبغى أن لايصح الاستثناء فى قوله إلا قفيز حنطة فليتأمل فى الجواب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال فى الباب الأول من إقرار المبسوط : ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شىء استحسانا . وفى القياس استثناؤه باطل ، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط ، وذلك إنما يصح فى الإنشاءات دون الإخبارات ، ولكن استحسن لأن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط ، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ـ ستجدنى إن شاء الله صابرا ـ ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك ، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة .وقال صلى الله عليه وسلم « من استثنى فله ثنياه » والإقرار لايكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة ، لكن إنما يعمل الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه ، فإن المفصول بمنزلة النسخ . والتبديل والمقرّ لايملك ذلك فى إقراره فكذا لايملك الاستثناء المفصول ، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لايصح وإن كان موصولا لأن رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا منه ، والتناقض لايصح مفصولا كان أو موصولا . أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لامفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما فى المبسوط . قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال) كما هو مذهب أبى يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الإمام قاضيخان فى طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب . وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر فى طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب . وثمرة الخلاف تظهر كما فيما إذا قدم المشيئة فقال : إن شاء الله أنت طالق عند من قال إنه إبطال لايقع الطلاق ، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم بشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار كما بينه المصنف بقوله (فإن كان الأول) وهو الإبطال (فقد بطل ، وإن كان الثانى) وهو التعليق (فكذلك ، إما لأن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط) لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لايصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لايصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لأنه شرط لايوقف عليه) أى لايطلع عليه ، فإن وقوع مشيئة الله تعالى مما لايكاد يطلع عليه أحد ، والتعليق بما لايوقف عليه غير صحيح لأنه يكون إعداما من الأصل (كما ذكرنا فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . ولو قال لفلان علىّ ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا إقرار باطل ، لأنه علقه بشرط فى وجوده خطر ، والإقرار لايحتمل التعليق بالخطر لأن التعليق بما فيه خطر يمين والإقرار لايحلف به ، ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لايصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لايصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا ، إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط ، وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله إن دخلت الدار أو إن

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق . عند أبى يوسف لا يقع الطلاق لأنه إبطال ، وعند محمد يقع لأنه تعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فوقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار لأنه إن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثانى فكذلك ، إما لأن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط لأن الإقرار إخبار عما

(قال المصنف : إما لأن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط) أقول : فى الكافى : وكان ينبغى أن يجب المال كما فى شرط الخيار ، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقرارا ، والخيار يدخل على حكم السبب ، فإذا ألغى الخيار بقى حكم الإقرار بناء على السبب اهـ .

بخلاف ما إذا قال لفلان علىّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه فى معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا ، حتى لو كذبه المقرّ له فى الأجل يكون المال حالا . قال (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لأن البناء داخل فى هذا الإقرار معنى لا لفظا ، والاستثناء تصرف فى الملفوظ ،

مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أو إن أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بولد أو إن أصبت مالا أو إن كان كذلك أو إن كان حقا فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط ، وفى غاية البيان نقلا عن شرح الكافى للحاكم الشهيد (بخلاف ما إذا قال لفلان علىّ مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه فى معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لأن الناس يعتادون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب ، لأن الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الأشياء منه تأجيلا : أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقرّ له فى الأجل يكون المال حالا) لأن دعوى الأجل من المقرّ غير مقبولة عندنا إلا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه) بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل فى هذا الإقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ ، لأن البناء وصف فى الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى (والاستثناء تصرف فى الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى ، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء ، كذا قالوا . أقول : هذا وإن كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره فى كتاب الأيمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها إلا أنه مخالف لما ذكر فى كتب اللغة ، فإنه قال فى المغرب : الدار اسم جامع للبناء والعرصة . وقال فى القاموس : الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ، ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء

سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ، وإما لأنه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم فى الطلاق ، بخلاف ما إذا قال لفلان علىّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس ، لأنه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الأجل إلى الوقت المذكور ، حتى لو كذبه المقرّ له فى الأجل كان المال حالا عندنا كما تقدم . قال (ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لى فللمقر له الدار والبناء لأن البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا ، والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته ، فالبناء لا يكون مستثنى ، أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلأنه يدخل فيه تبعا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى . وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلأنه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك ، والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لأنها تدخل فيه تبعا لا لفظا . ولو قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتا منها فهو كما قال ، لأن ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا ، حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن . ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى كان الكل للمقرّ له لأنه أقرّ بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة ، ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال ، لأن العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال : بياض هذه الأرض دون البناء

وفيه شيء (قوله لأن البناء ، إلى قوله : لبيان المستثنى الخ) أقول : وفى قوله لبيان المستثنى الخ بحث ، ثم أقول : قد كتب فى هامش الكتاب فى هذا المقام من خط المؤلف ماهو صورته : وتلخيص الحجة أن البناء هاهنا ليس متناول اللفظ ، والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اهـ . والظاهر الموافق للمشروح أن يقال ترخيصها البناء داخل فى الدار معنى ، وكل ما هو داخل فى الشيء معنى لا يصح استثناؤه منه .

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لأنه يدخل فيه تبعا لا لفظا ؛

والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل . قال صدر الشريعة : فإن قلت : يشكل ما ذكر بما إذا قال لفلان علىّ ألف درهم إلا قفيز حنطة فإن الحنطة دخلت فى الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه . قلت : الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا ، بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا ، والوصف يدخل تبعا لاقصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا ، انتهى كلامه . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : التعرّض للفرق بين المسئلتين مما لابد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ، ولكن المرتبة التى ذكرها الشارحان المزبوران لاتقطع الكلام هاهنا ، إذ لقائل أن يقول : إن أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها إياها من حيث المعنى الوضعى للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ، ألا يرى إلى مامر فى تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لايرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام فى تناولها إياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية ، وإن أريد بذلك تناولها إياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لايجدى نفعا ، إذ المصنف مصرح هاهنا بأن الاستثناء تصرف فى الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لايكفى فى صحة الاستثناء ، كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط فى صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا فى صحة استثناء البناء من الدار ، فإن البناء داخل فى حكم بيع الدار وفى حكم الإقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشترى والمقرّ له البناء أيضا فلابد من زيادة إيضاح وتقرير فنقول : المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لاتبعا ، والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذى هو الثمنية تناولا قصديا لاتبعيا ، فإن مايتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته إياها فى أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ، ولا كذلك الدار مع البناء فإن البناء وصف للدار فلا يدخل فى حكمها إلا تبعا . وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين مايتبع متناوله فى الحكم ، فإن الأول مدلول حكمى للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ : أى فى مدلول اللفظ حكما فيصح ، والثانى خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله فى الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ فلا يصح . قال المصنف (والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار) يعنى لايصح استثناء الفص فى الإقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة فى الإقرار بالبستان ، كما لا يصح استثناء البناء فى الإقرار بالدار (لأنه) أى لأن كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أى يدخل فى الصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف فى الملفوظ كما مر . قال بعض العلماء : قول المصنف هاهنا إن الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافى قوله فيما مرّ أن اسم الخاتم يشمل الكل . أقول : يمكن أن يقال إن مراده بشمول اسم الخاتم الكل فى قوله السابق أعم من الشمول القصدى والتبعى ، ومراده بنفى دخول الفص فى الخاتم فى قوله اللاحق نفى الدخول القصدى فلا منافاة بينهما . قال فى البدائع : ولو أقرّ لإنسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل ، لأن اسم الدار لايتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة ، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقرّ له لأنه وإن لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن كمن أقرّ لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لالأنه اسم عام ، بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن قوله لأن اسم الدار لايتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لايساعده كتب اللغة ، ألا يرى إلى ما قال فى المغرب : الدار اسم جامع للبناء والعرصة ، وإلى ما قال فى القاموس : الدار المحل يجمع البناء

لفلان فالبناء لايتبعها ، بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لى والأرض لفلان حيث كانا للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ، وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس ،

بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذا الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان ، بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار

والعرصة . وأما ثانيا فلأن قوله لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار ، وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أوّلا من أن اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضى صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له علىّ عشرة إلا واحدا . لا يقال : يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيئول إلى ما قاله المصنف وغيره . لأنا نقول : مع إباء قوله هذه الأجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله فى تنظيره بمسئلة الإقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، فإنه نص فى دخول الفص كالحلقة بطريق الأصالة دون التبعية ، وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات (بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها) أى إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها (أو إلا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرّ له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لأنه) أى لأن كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أى فى الصدر الذى هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا . أقول : كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه فى كتاب الأيمان ، واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث ، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت ، فإذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث فى المسئلة المذكورة ، والعجب من صاحب البدائع أنه قال هاهنا بخلاف ما إذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى . فإن كون الدار اسما للعرصة يقتضى عدم صحة الاستثناء فى صورة استثناء البيت من الدار ، لأن البيت ليس من جنس العرصة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف فى الأيمان فى مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هى البقعة كما سيأتى فأنى هذه من ذلك ؟ فما ذكره يكون حجة عليه لا له فى هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدورى أيضا فى مختصره : يعنى يكون البناء للمقرّ والعرصة لفلان . قال المصنف فى تعليله (لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعنى أن العرصة فى اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء ، فلما اعتبر فى معناها الخلوّ عن البناء لم يتبعها البناء فى الحكم (فكأنه قال : بيع هذه الأرض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضا) أى بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لى والأرض لفلان (حيث يكون البناء للمقرّ له) مع الأرض (لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء) بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع ، والإقرار بالأصل إقرار بالتبع (كالإقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقرّ له هناك وإن استثناه لنفسه كما مر . فإن قلت : يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والأرض لآخر فإنه كما

والثانى أن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره ، فإذا أقرّ بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء ، فإن كان لشخص فظاهر ، وإن كان لشخصين ، فإن قدم التابع فقال بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان فكما قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الإقرار على الغير ، وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لأن الإقرار به يستتبع التابع ، فالإقرار بالتابع بعد ذلك إقرار على الغير فلا يصح . وإذا أقرّ بأحدهما ، فإن كان المتبوع كقوله الأرض لفلان والبناء لى كانا للمقرّ له بالاستتباع ، وإن كان التابع كقوله الأرض لى والبناء لفلان كان كما قال ، لأن فى الأول دعوى بعد الإقرار فلا يصح

(قوله لأن الإقرار به) أقول : الضمير فى قوله به راجع إلى المتبوع فى قوله وإن قدم المتبوع .

(ولو قال له علىّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه . فإن ذكرعبدا بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال : وهذا على وجوه : أحدها هذا وهو أن يصدّقه ويسلم العبد ، وجوابه ماذكر ،

قال حتى يكون البناء للأول والأرض للثانى ، ولم يقل هناك الإقرار بالأرض إقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما ؟ قلت : الفرق بينهما من حيث أن أوّل كلامه فيا أوردت إقرار معتبر بالبناء للأول فهب أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء لكن إقراره فيما صار مستحقا لغيره لايصح فكان للثانى الأرض خاصة ، وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء وهما جميعا ملكه فصح إقراره بهما للمقرّ له ، وذلك لأن أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لى غير معتبر لأنه قدكان له قبل أن يذكره فبقى قوله وأرضها لفلان ، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقرّ له فى التبع . توضيح الفرق أن البناء فى تلك المسئلة لما صار للمقرّ له الأول خرج من أن يكون تبعا للأرض حكما فإقراره بالأرض للثانى بعد ذلك لايتعدّى إلى البناء ، وفى مسئلتنا البناء باق على ملك المقرّ فكان تبعا للأرض ، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقرّ له فى البناء تبعا ، كذا فى المبسوط . اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس . والثانى أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره . إذا عرفت هذا فنقول : إذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان ، لأن بقوله البناء لى ادعى البناء وبقوله الأرض لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعا للإقرار بالأرض ، والإقرار بعد الدعوى صحيح . وإذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فهو على ما أقرّ لأن بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقرّ بالبناء لفلان ، والإقرار بعد الدعوى صحيح ، ويؤمر المقرّ له بنقل البناء من أرضه . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالأرض والبناء للمقرّ له ، لأن بقوله أرضها لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤهالى ادعى البناءلنفسه ، والدعوى بعد الإقرار لاتصح . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقرّ له الأول ، لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للأرض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الأول ، والإقرار على الغير لايصح . وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال ، لأن بقوله أوّلا بناء هذا الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الأول بالبناء للثانى ، والإقرار على الغير باطل ، كذا فى الذخيرة (ولو قال له علىّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكرعبدا بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلاشيء لك) إلى هنا لفظ القدورى فى مختصره (قال) أى قال المصنف رحمه الله (هذا) أى ماذكر من المسئلة (على وجوه : أحدها هذا) أى هذا الوجه (وهو أن يصدقه) أى أن يصدق المقرّ له المقر (ويسلم العبد ، وجوابه) أى جواب هذا الوجه (ما ذكر) من قوله قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك . قال بعض الفضلاء : فيه أنه إذا سلم العبدكيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ . أقول : ماذكره إنما يتجه أن لوكان لفظ يسلم فى قول المصنف ويسلم العبد من سلمه إليه ، وأما إذا كان من سلمه له : أى جعله سالما له فلا ، لأن سلامة العبد للمقرّ إنما تحصل باعتراف المقرّ له بأنه عبدك لاعبدى ، وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد إلى المقرّ فلا ينافى أن يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ، وقد استعمل المصنف سلمه له مرادا به المعنى المذكور فى مواضع من كتابه . هذا وما سيأتى فى فصل الدين المشترك من باب الصلح فى الدين حيث قال : فلو سلم له

وفى الثانى عكسه فصح . قال (ولو قال له علىّ ألف درهم من ثمن عبدالخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فإما أن يذكر عبدا بعينه أولا ، فإن كان الأوّل فهو على وجوه : أحدها أن يصدقه فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ

(قال المصنف : فسلم العبد) أقول : أى التزم تسليمه (قال المصنف : وإلا فلا شيء لك) أقول : أى وإن لم تلتزم فلا مخالفة لما مر فى البيوع (قال المصنف : وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول : فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ؟ فالأظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه .

لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . والثانى أن يقول المقرله العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود . والثالث أن يقول العبد عبدى .

ماقبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم انتهى. ويحتمل أن يكون لفظ يسلم هاهنا ثلاثيا من السلامة لامن التسليم ويكون العبد فاعلا لامفعولا فحينئذ لايتوهم المنافاة أصلا . قال المصنف فى تعليل جواب الوجه المذكور (لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعنى أنهما تصادقا فى هذا الوجه ، والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بألف والعبد فى يده كان عليه ألف درهم كذا هاهنا . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادّعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر ، وليس مانحن فيه كذلك ، فإن حكمنا بذلك كان حكما بما لايدعيه أحد وذلك باطل ، إلى هنا كلامه . وطعن بعض الفضلاء فى جوابه بأن قال : وليت شعرى أن ما ذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة انتهى. أقول : ما ذكر فى الكتاب حكم مسئلة الإقرار ، فإن نفس الإقرار والتصادق لايقتضى الحكم بتسليم الثمن على المقرّ ولا الحكم بتسليم العبد على المقرّ له ، فإن كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه ، بل فيه إقرار محض ، وحكمه لزوم الألف على المقرّ إن سلم المقرله العبد إليه . وأما إن لم يسلمه إليه بأن هلك فى يده فلا يلزمه شىء كما هو الحكم فى ثبوت البيع معاينة ، وهذا معنى ماذكر فى الكتاب . قيل : : للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شى لك ، وليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقرّ له بين تسليم العبد وعدم تسليمه ، إذ لايقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشترى بعد أن صح البيع وتم ، بل المراد منه أن لزوم الألف على المقرّ مشروط بتسليمك العبد إليه ، فإن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد ولا تضيعه ، وليس المراد بقوله وخذ الألف خذ الألف بعد تسليم العبد ، إذ لادلالة على التعقيب فى الواو بل هى للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرّر فى البيوع من أن اللازم فى بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولا . فخلاصة ماذكر فى الكتاب هاهنا ما قال فى الوقاية وغيرها ، فإن سلم المقرّ له لزمه الألف وإلا لا (والثانى) أى الوجه الثانى (أن يقول المقرّ له العبد عبدك) أى العبد الذى عينته عبدك (مابعتكه وإنما بعتك عبدا غير هذا) وسلمته إليك (وفيه) أى فى هذا الوجه (المال لازم على المقرّ لإقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أى وقد سلم العبد له حين اعترف المقرّ له بأنه ملكه (فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك علىّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لالأعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ، ولا تفاوت فى هذا الوجه بين أن يكون العبد فى يد المقرّ أو فى يد المقرّ له ، كذا قالوا (والثالث) أى الوجه الثالث (أن يقول) أى المقر له (العبد عبدى) أى العبد الذى

الألف وإلا فلا شىء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة ، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك ، فإن حكمنا بذلك كان حكما بما لايدعيه أحد وذلك باطل . والثانى أن يقول المقرّ له العبد عبدك مابعتكه ، وإنما بعتك عبدا غيره وسلمته لك ، وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ، ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود ، وكما لو قال لك علىّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى ، ولا تفاوت فى هذا بين أن يكون العبد فى يد المقرّ أو المقرّ له . والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتكه ، وفيه لايلزم المقر شىء لأن المقرّ

(قوله فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ) أقول : لا التخيير بأن يقال إن شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ، ثم أخذ الألف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى الخ) أقول : وليت شعرى أن ماذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة .

ما بعتك . وحكمه أن لايلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه، ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقرّ يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقرّ له يدعى عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال ، هذا إذا ذكر عبدا بعينه(وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق فى قوله ماقبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعا إلى كلمة علىّ ، وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع

عينه عبدى (مابعتك وحكمه) أى حكم هذا الوجه (أن لايلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أى فلا يلزم المال دون العبد ، لأنه إذا لم يسلم له العبد لايسلم للمقرّ له بدله ، ولا تفاوت فى هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له ، لأنه إذا كان فى يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقرّ شيء من ثمن العبد ، كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أى ولو قال المقرّ له مع إنكار العبد المقر به (إنما بعتك غيره) أى غير ذلك العبد (يتحالفان لأن المقرّ يدعى تسليم من عينه) أى وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقرّ له يدعى عليه) أى على المقر (الألف) أى لزوم الألف (ببيع غيره) أى غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (وإذا تحالفا بطل المال) أى بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن فى يده(هذا) أى ماذكره من الوجوه (إذا ذكر) أى المقرّ (عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد) يعنى إن قال له علىّ ألف درهم من ثمن عبد (اشتريته) منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أى لم يعين المقرّ العبد المشترى (لزمه الألف و لم يصدق فى قوله ما قبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل) أى سواء وصل قوله ماقبضت العبد المشترى بكلامه السابق أو فصل عنه (لأنه) أى لأن قوله ماقبضت (رجوع) عما أقرّ به(فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على) أى نظرا إلى هذه الكلمة التى ذكرها أولا فى قوله له علىّ ألف درهم إذ هى للإيجاب(وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا) أى بالكلية (لأن الجهالة) أى جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسياه) أى نسى المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع) خبر أن فى قوله لأن الجهالة : يعنى أن الجهالة توجب هلاك

ما أقرّ بالمال إلا عوضا عن العبد ، فإذا لم يسلم له العبد لايسلم للمقرّ له بدله ، وفى هذا أيضا لاتفاوت بين كون العبد فى يد المقرّ أو يد المقر له ، فإنه إذا كان فى يد المقرّ يأخذ العبد ، ولو قال مع ذلك : أى مع إنكار العبد إنما بعتك غيره يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا ، لأن المقرّ يدعى تسليم من عينه والآخر ينكره ، والمقرّ له يدعى عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو فى يده وإن كان الثانى لزمه الألف ولا يصدق فى قوله ماقبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقرّ به ، فإن إقراره صح رجوعا إلى كلمة على، وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا ، لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة ، كما إذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن ، فأول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موصولا . وقال أبو يوسف ومحمد: المقرّ له إما أن يصدق فى المقر فى الجهة أولا ، فإن صدقه فالقول للمقرّ فى عدم القبض كما سيأتى ، وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل ، فإن وصل

(قال المصنف : لأنه رجوع ، إلى قوله : لأن الجهالة مقارنة الخ) أقول : فى تمام التقريب كلام ، فإن ارتفاع الجهالة لايلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل فإنه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة (قوله فإن إقراره صح رجوعا) أقول : الأولى أن يقول كما فى الهداية فإنه أقر بوجوب الألف ، وتوجيه كلامه أن صح بمعنى ثبت : أى ثبت إقراره بوجوب الألف .

فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء . وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد ، وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر . ووجه ذلك أنه أقرّ بوجوب المال عليه وبيّن سببا وهو البيع ، فإن وافقه الطالب فى السبب وبه لايتأكد الوجوب إلا بالقبض .

المبيع : أى تجعل المبيع فى حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لأن نقد الثمن لايجب إلا بإحضار المبيع وقد امتنع إحضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (وإذا كان كذلك كان رجوعا) فإن أول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه ، وذلك رجوع (فلا يصح وإن كان موصولا) لأن الرجوع عن الإقرار باطل مفصولا كان أو موصولا . أقول : لقائل أن يقول : يشكل التعليل المذكور هاهنا من قبل أبى حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، فإنه لم يلزم المقرّ هناك شيئا بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضا بأن يقال : إن أول الكلام إقرار بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على ، وآخره ينافى الوجوب أصلا فيقتضى أن يكون رجوعا فيلزم أن لايصح . ويمكن أن يجاب عنه بما أشار إليه المصنف فيما سيأتى فى مسئلة ما لو قال من ثمن خمر أوخنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال ، وسنذكر تتمة الكلام هناك إن شاء الله تعالى . ثم إن بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاما آخر ، وأجاب عنه حيث قال فى تمام التقريب كلام ، فإن ارتفاع الجهالة لايلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى . أقول : لا الإيراد بشىء ولا الجواب . أما الأول فلأن المقرّ فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصارمجهولا لم يكلف المقرّ له بإحضار ذلك أصلا ، بل لم يمكن له إحضاره لتعذر إحضار المجهول فأنى يتصور إحضار البائع المبيع هاهنا حتى يعترف المشترى بأنه هذا ، وإن أحضر المقرّ له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقرّ بأن ماشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما إذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه . وأما الثانى فلأنه كيف يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الألف بلا عوض عند أبى حنيفة فى هذه المسئلة ، وإن لم يحضر البائع شيئا ، فهل يؤثر العاقل إعطاء الألف بلا عوض على إعطائه بمقابلة ما أحضره البائع ، فالظاهر هو الاعتراف عند إحضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن وصل صدق ولم يلزمه شىء) وبه قال مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى (وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقرّ له أن يكون ذلك من ثمن عبد) أى إذا كذب المقرّ له المقرّ فى الجهة وهى أن يكون ذلك الألف من ثمن عبد(وإن أقر) أى إن أقر المقرّ له(أنه) أى المقرّ له (باعه) أى باع المقر(متاعا) يعنى إن صدّق المقر له المقر فى الجهة بأن قال إنه باعه متاعا وهو العبد كما أقرّ به المقرّ ، ولكن كذبه فى إنكاره قبض المبيع (فالقول قول المقرّ) سواء وصل أم فصل . وإنما عبر المصنف هاهنا عن المبيع بالمتاع حيث قال : وإن أقرّ أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب فى العبد ليعلم أن الحكم فى المتاع مطلقا هو الحكم فى العبد (ووجه ذلك) أى وجه ما قاله الإمامان (أنه) أى المقرّ (أقرّ بوجوب المال عليه) أى على نفسه حيث قال له علىّ ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فإن وافقه الطالب)يعنى المقر له (فى السبب) وهوالبيع(وبه لايتأكد الوجوب إلا بالقبض) أى وبمجرد وجود السبب وهو البيع لايتأكد وجوب الثمن على المشترى لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التزلزل ، لأنه ربما يهلك المبيع فى يد

فالقول قوله ، وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو إنما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وإن أقرّ أنه باعه متاعا الخ وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم فى المتاع حكم العبد (قوله وبه لايتأكد الوجوب) أى بمجرد وجوب السبب وهو البيع لايتأكد وجوب الثمن على المشترى لأن

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول : بقول الشارح آنفا كما سيأتى .

والمقرّ ينكره فيكون القول له ، وإن كذبه فى السبب كان هذا من المقرّ بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لامفصولا (ولو قال ابتعت منه بيعا إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله) بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن .

البائع فيسقط الثمن عن المشترى ، وإنما يتأكد بالقبض والمقر له يدعى القبض (والمقرّ ينكره فيكون القول له) أى للمنكر . قال صاحب العناية : وفى عبارة المصنف نظر ، لأن قوله فإن وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب ، وقوله وبه لايتأكد الوجوب لايصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط ، فإنك لوقدرت كلامه فإن وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح ، لأنه فى بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك وقال : ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لايتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه . أقول : النظر المزبور ساقط جدا ، فإن قول المصنف فيكون القول له صالح لأن يكون جوابا للشرط المذكور قطعا، ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلا ، إذ قد تقرر فى علم النحو أن الجزاء إذا كان مضارعا مثبتا أو منفيا بلا ففيه الوجهان : دخول الفاء عليه وعدم دخوله ، قال الله تعالى ـ ومن عاد فينتقم الله منه ـ وعدم الربط فيه ممنوع ، فإن قوله وبه لايتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فإن وافقه الطالب فى السبب ، والحال أنه بمجرد السبب لايتأكد وجوب الثمن على المشترى وإنما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوطا بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور ، وإن لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة إلى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وإن كذبه) أى وإن كذب الطالب المقر (فى السبب كان هذا من المقرّ بيانا مغيرا لأن صدر كلامه) وهو قوله له علىّ ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (وآخره) أى آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أى انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا لمقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه بيعا) أى مبيعا ، وفى بعض النسخ : عينا (إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله أى قول المقر (بالإجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى وقال فى تعليلها (لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) يعنى أن المقر هاهنا إنما أقر بمجرد العقد ، والإقرار بالعقد لا يكون إقرارا بالقبض ، إذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشترى (بخلاف الإقرار بوجوب الثمن) فإن من ضرورته القبض . قال صاحب العناية : هذا

الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التردد لأنه ربما يهلك المبيع فى يد البائع فيسقط الثمن عن المشترى لكنه يتأكد بالقبض والمدّعى يدعى القبض والمقرّ ينكره فيكون القول قوله ، وفى عبارته نظر لأن قوله فإن وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب . وقوله وبه لايتأكد الوجوب لايصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح لأنه فى بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك . ويمكن أن يقال : جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لايتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقرّ ينكره فيكون القول له (ولوقال ابتعت منه) وفى بعض النسخ : ابتعت منه بيعا : أى مبيعا، وفى بعضها عينا (إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقرّ بوجوب الثمن لجواز أن يوجد

(قوله وفى عبارته نظر إلى قوله : لوجود الفاء الخ) أقول: فى أوائل القسم الثالث من المفتاح وإن توقف عليه ،ولا شبهة فى أن الكلام فيه كلام من القبيل الثانى فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور. وقال السيد الشريف من شراحه :دخول الفاء فى قوله فيتوقف لوقوع الفصل وإن كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى. فعلم من هذا جواب نظر الشارح (قال المصنف:بخلاف الإقرار بوجوب الثمن الخ) أقول : المراد هو الإقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين ، فإن إنكار القبض فيه ينافى الوجوب أصلا كما سبق فليتأمل، أو المطلق ينصرف إلى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد .

قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة إذا قال لفلان علىّ ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لايكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالا : إذا وصل لايلزمه شىء) لأنه بيّن بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال فى آخره إن شاء الله . قلنا : ذاك تعليق وهذا إبطال .

مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر ، فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أوّلا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع انتهى. أقول : وهذا النظر أيضا ساقط ، إذ الظاهر أن مراد المصنف هاهنا هو الإقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين ، إذ هو المختلف فيه المحتاج إلى الفرق ، وقد تقرر أن إنكار القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا ، فلا بد فى نفاذ الإقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (ومعنى المسئلة) أى معنى المسئلة التى ذكرها القدورى (إذا قال لفلان علىّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره) يعنى قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبى حنيفة وصل أم فصل ، لأنه) أى لأن تفسيره رجوع عن إقراره (لأن ثمن الخمر والخنزير لايكون واجبا) على المسلم (وأول كلامه) وهو قوله علىّ ألف (للوجوب) والرجوع عن الإقرار باطل (وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا وصل لايلزمه شىء لأنه) أى المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أى بأول كلامه (الإيجاب) لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة ، فإن الخمر مال يجرى فيه الشحّ والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ، كذا فى الشروح . أقول : هذا لايتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لايحتمل فى هذه الصورة أن يبنى إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة أن قال من ثمن خمر ، إذ لايقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك ، وأما عادة الكفار فلا تصلح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام فى المسلم كما لايخفى ، والدليل الذى ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أى صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما إذا قال فى آخره إن شاء الله) فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا هاهنا . أجابْ المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال) يعنى أن قوله إن شاء الله تعليق بشرط لايوقف عليه ، والتعليق

البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض ، هذا مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم فى البيوع . قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له علىّ ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل إذا لم يصدقه المقر له لأنه رجوع لأنه أقرّ بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه ، لأن ثمن الخمر لايجب على المسلم فكان رجوعا ، وقالا : إذا وصل لم يلزمه شىء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب ، لأن الخمر مال يجرى فيه الشحّ والضنة ، وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها ، فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ، فصار كما إذا قال فى آخره إن شاء الله . وأجاب بأن ذلك تعليق لأن صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الإرسال ، فع صيغة التعليق لايلزم حكم الإرسال ، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولا ومفصولا . ولو قال له علىّ ألف من ثمن

(قال المصنف : ومعنى المسئلة ، إلى قوله : وصل أم فصل) أقول: يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبى حنيفة فيجوز أن يضيف الإقرار إلى الموكل كما سبق من الشراح فى فصل الإقرار بالحمل نظير هذا ، لكن وضع المسئلة فيما إذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب) أقول: يعنى الإيجاب الشرعى (قوله فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة) أقول: يعنى وحسب أنه يجب الثمن به (قوله وهذا إبطال والإبطال رجوع الخ) أقول : مخالف ظاهرا لما سبق فى الاستثناء بإن شاء الله من قوله فإن كان الأول فقد بطل إلا أن يقال كان ذلك قول أبى يوسف .

(ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة . وقالا : إن قال موصولا يصدّق ، وإن قال مفصولا لايصدّق) وعلى هذا الخلاف إذا قال هى ستوقة أو رصاص ،

بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا ، وما نحن فيه إبطال والإبطال لايكون بيانا فلم يصح وإن كان موصولا . أقول : فيه كلام من وجهين : أحدهما أن المصنف قال فى مسئلة الاستثناء بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق ، وقد بينا هناك أن المذكور فى بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبى يوسف والثانى مذهب محمد ، وفى بعضها أن الأمر بالعكس ، فأياما كان لايكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك أيضا إبطالا . وثانيهما أن المصنف قال هناك : فإن كان الأول : يعنى الإبطال فقد بطل ، وإن كان الثانى : يعنى التعليق فكذلك ، إما لأن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لايوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وإن كان تعليقا فى أصله ، إلا أنه ليس بتعليق فى باب الإقرار بل هو إبطال على كل حال فكيف يتم قوله هاهنا ذاك تعليق وهذا إبطال . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الجواب المذكور هاهنا من قبل أبى حنيفة يصير إلزاميا بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالا ، ولا يجب أن يكون الجواب إلزاميا بالنسبة إلى كل واحد منهما . وعن الثانى بأن الاستثناء بمشيئة الله وإن لم يكن فى باب الإقرار تعليقا حقيقة ، إلا أنه فى صورة التعليق ، وهذا القدر يكفى فى قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما إذا قال فى آخره إن شاء الله ، فإن هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة و لا معنى ، وإنما هى إبطال محض ، وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وإن كانت إبطالا معنى فافترقتا ، تأمل . واعلم أن القدورى لم يذكر فى مختصره خلافا فى هذه المسئلة ، وإنما ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى فأخذ المصنف منه . ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا كذبه الطالب ، وأما إذا صدقه فى ذلك فلا يلزمه شىء فى قوله جميعا لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ، وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم ، صرح شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه وذكر فى بعض الشروح (ولو قال له علىّ ألف) أى ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف) جمع زيف وهو مايقبله التجار ويردّه بيت المال (أو نبهرجة) وهى دون الزيوف فإنها مما يرده التجار أيضا (وقال المقرّ له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة . وقالا) أى قال أبويوسف ومحمد (إن قال موصولا) أى إن ذكر قوله هى زيوف أو نبهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق ، وإن قال مفصولا) أى إن ذكر ذلك مفصولا عنه (لايصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير . أقول : تحريرها على النمط المذكور لايخلو عن نوع قصور ، فإن قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هى زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف ، إلا أن كلمة ثم فى قوله ثم قال هى زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لايخفى فتوهم اختصاص قول أبى حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه ، فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع فى كلام الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال فى باب الإقرار بالزيوف : وإذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى قول أبى حنيفة وصل أم فصل . وقال أبويوسف ومحمد : إن وصل يصدق ، وإن فصل لايصدق . وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى ، وعلى هذا نص محمد فى الأصل . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال هى) أى الألف (ستوقة) وهى أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أى أو قال هى رصاص فلا يصدق عند أبى حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما إن وصل ، لكن هذا على إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وفى رواية أخرى عنه لايصدق هاهنا وإن وصل كما قاله

متاع أو أقرضنى ألفا وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقرّ له هى جياد لزمه الجياد عند أبى حنيفة ، وقالا : إن قال ذلك موصولا صدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هى ستوقة أو رصاص لكن على أحد قول أبى يوسف فإن فى رواية عنه

(قوله فإن فى رواية عنه لايصدق الخ) أقول : يعنى لايصدق فى الستوقة والرصاص ، وأيضا إذا أقر بالفلوس لايصدق فى الفلوس الكاسدة

وعلى هذا إذا قال إلا إنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه ، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأبى حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب ، والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا ،

أبو حنيفة ، كذا فى شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان والإمام التمرتاشى (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (إذا قال إلا أنها زيوف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا الخلاف إذا قال لفلان على ألف درهم زيوف) بالجر ، وتجرى الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى ـ سبع بقرات سمان ـ كذا فى معراج الدراية . أقول : فلابد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أى لأبى يوسف ومحمد فى هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ماقاله المقر آخرا (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فإن كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فإن الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) أى ويحتمل الستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (إلا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف إلى الجياد) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيوف أو الستوقة فى آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فإنه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكم هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولا ولم يصدق إن كان مفصولا . أقول : لو تعرض المصنف فى أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضا لكان أوجه لأنها مذكورة أيضا فى أصل المسئلة . فإن قلت : النبهرجة كالزيوف فى كونها من جنس الأثمان كما صرح به فى مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى فى التعليل بذكر حال الزيوف . قلت : رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك أيضا ، فكان الأولى الاكتفاء بذكر حال الأدنى ليعلم به حال ما فوقه بالأولوية . ثم أقول : إن قوله لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لايساعده ما ذكر فى معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فإن المذكور فيها درهم ستوق وتستوق : أى زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة فى المفسر مجازا فى المفسر فتأمل (ولأبى حنيفة أن هذا) أى ما قاله المقر آخر (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن وصل وذلك (لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لأن موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) فى الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أى عن بعض موجب العقد ، فإذا ادعى أنها زيوف فقد أراد إبطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق ، وإن وصل (وصار) حكم هذا (كما إذا قال) البائع (بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول) هناك (للمشترى لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، فكذا هاهنا ، فحاصل اختلافهم راجع إلى أن الدراهم الزيوف

لايصدق وإن وصل ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم إلا أنها زيوف بكلمة الاستثناء ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته

(قال المصنف : وعلى هذا إلى قوله فيصح الخ) أقول : قال فى النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : استثناء الوصف لايصح بالإجماع فكيف صححا استثناء الزيافة منها؟ قلنا : صححا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف ، فإن قوله على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف ، وهناك صح هذا الاستثناء موصولا بالإجماع ، وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا

والستوقة ليست من الأثمان والبيع يردّ على الثمن فكان رجوعا : وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار :

هل هى داخلة فى مطلق اسم الدراهم أم لا . فأبو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما أقرّ أولا بمطلق الدراهم وهما أدخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف ، حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما فى الشرط والاستثناء ، كذا فى الأسرار وغيره (والستوقة ليست من الأثمان) أى ليست من جنس الأثمان (والبيع يردّ على الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) أى فكان قوله الآخر (رجوعا عما أقر به أولا : أى فكان دعوى الستوقة بتأويل الادعاء رجوعا من ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به . تقريره أن ذلك ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء (لأنه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لأن أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أى بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن فى قوله إلا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لأن استثناء الوصف لايجوز) لعدم تناول صدر الكلام إياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء فى الدار) على مامر بيانه . قال فى النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : استثناء الوصف لايصح بالإجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم ؟ قلنا : صححا ذلك من حيث المعنى ، والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف ، فإن قوله لفلان علىّ ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف . وهناك صح هذا البيان موصولا بالإجماع ، وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة ، إلى هذا أشار فى الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى . قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية : وهاهنا بحث ؛ إذ حينئذ ينبغى أن يقبل

حتى لو تجوّز به فى الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا ، والستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه ، فإذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأبى حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد لكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه ، وصار كما إذا قال بعتك معيبا وقال المشترى سليما كان القول للمشترى لما بينا أن مطلق العقد يقتضى السلامة (والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله إلا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به . ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار ، بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار . فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له علىّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لاعيب . فإن قيل : فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم . أجيب بأن الرداءة فى الحنطة متنوعة لاعيب وفى الدراهم عيب ، لأن العيب مايخلو عنه أصل الخلقة السليمة ، والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة وإن كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لادلالة له على نوع دون نوع ولهذا لايصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط

الدراهم لاوصفا بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة إليه أشار فى الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى . وفيه بحث ، إذ حينئذ ينبغى أن يقبل إذا فصل فتأمل (قال المصنف : بخلاف الجودة) أقول : أى بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف ، كذا فى شرح الكاكى ، وحينئذ كان المناسب فى فصل الحنطة لأن الجودة بدل قوله لأن الرداءة لكن المصنف تفنن فذكرفيه المستثنىٰ الصورى . ثم اعلم أن فى دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا لأنه بيان تفسير المجمل وتمام التفصيل يطلب فى غاية البيان (قوله أجيب بأن الرداءة الخ) أقول : هذا ليس على إطلاقه كما سيجىء فى الصحيفة التالية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول : أى لم يكن مايخالفه : أعنى الجودة .

بخلاف ما إذا قال على كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب ، فمطلق العقد لايقتضى السلامة عنها .

إذا فصل فتأمل . أقول : بحثه ليس بشيء ، لأن هذا البيان وإن كان عندهما بيان نوع الدراهم إلا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضى السلامة والجودة عرفا ، فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر ، وبيان التغيير لايصح إلا موصولا ، وإنما وقع ذلك الفاضل فى الغلط منقول صاحبى النهاية ومعراج الدراية : فصار ذلك نوعا للدراهم لاوصفا بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة ، فإن قوله إلا أنها رديئة يقبل ، وإن فصل كما صرحوا به إلا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة فى مجرد كونه نوعا لاوصفا لافى الاتحاد فى جهة البيان ، كيف وقد صرحوا بأن هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير . قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما إذا قال على كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرداءة نوع) أى منوّعة (لاعيب) لأن العيب مايخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها ولهذا قالوا : لو اشترى حنطة مشارا إليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لايقتضى السلامة عنها) أى عن الرداءة ، إذ ليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لايصح الشراء بالحنطة مالم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا ومفصولا ، كذا فى المبسوط وغيره . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لاعيب . فإن قيل : فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم . أجيب بأن الرداءة فى الحنطة منوعة لا عيب وفى الدراهم عيب انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن مفاد الجواب الثانى أن الرداءة فى الدراهم عيب وفى الحنطة ليست بعيب لا أنها فى الدراهم وصف وفى الحنطة ليست بوصف ، فلا يندفع به أصل السؤال لأن حاصله نقض القول بأن استثناء الوصف لايجوز بجواز استثناء وصف الرداءة فى الحنطة . على أنه لايندفع به السؤال الثانى أيضا لأن حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم . ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم . ثم أقول : الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله : بخلاف ما إذا قال على كرّ حنطة الخ متعلق بما ذكره فى قبيله وهو قوله لأن استثناء الوصف لايجوز كاستثناء البناء فى الدار فوقع فيما وقع ، ولكن لايذهب على ذى فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره فى أوائل دليل أبى حنيفة رحمه الله وهو قوله لأن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، والزيافة عيب يرشد إليه قطعا قوله هاهنا فطلق العقد لايقتضى السلامة عنها بعد قوله لأن الرداءة نوع لا عيب . ثم أقول : وأما السؤال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله : فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، فجوابه أن يقال : ليس هنالك استثناء حقيقة ، وإنما قوله إلا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة فى قوله على كرّ حنطة فى صورة الاستثناء ، يرشد إليه أن صاحب الكافى قال فى تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كرّ برّ من ثمن مبيع أو قرض ، ثم قال هو ردىء فالقول قوله فى ذلك وصل أم فصل ، لأن الرداءة ليست بعيب فى البرّ انتهى حيث بدل قوله إلا أنها رديئة بقوله هو ردىء تنبيها على أنه ليس مطمح النظر فى هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل إن الرداءة فى مثل البرّ ليست بعيب ، فظهر أن جعل قول المصنف لأن الرداءة نوع لاعيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن . فإن قلت : للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته ، وهو أن قوله إلا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة ، فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب ؟ قلت : لأنه ينتقض على أصل أبى حنيفة بما إذا قال إلا أنها زيوف فإنه لايقبل عنده مع

أو رديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا كان أو مفصولا . وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول فى القرض أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل ، لأن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض ،

(قوله فليس فى بيانه تغيير) أقول : بل فيه تفسير مجمل .

وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب ردّ مثل المقبوض ، وقد يكون زيفا كما في الغصب . ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها (ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم

جريان أن يقال إنه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ، ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب هاهنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول) المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ، ويعبرعنها بظاهر الرواية . وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) يعني في القرض ، كذا وقع في النهاية . وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال : وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال لفلان عليّ ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الأصول إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض . أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لأن القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض(وقد يكون)المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لأن القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب . أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع أنه لا يصدق في صورة القرض إذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالجياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف إلى المتعارف (فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض(إليها) أي إلى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لأنها رجوع عما أقرّ به (ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (قيل يصدق بالإجماع) يعني إذا وصل (لأن اسم الدراهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير : أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وأما عندهما فيصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل ، فحاصل المعنى : وقيل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لأن مطلق الإقرار) بالدين (ينصرف إلى العقود) أي إلى الإلزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا إلى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف إلى الإلزام بسبب الاستهلاك المحرم ، إذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ، فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء . قال في الفتاوى الصغرى : ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول . فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ،

والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب . وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ، وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول ، فمن المشايخ من قال(يصدق بالإجماع إذا وصل لأن اسم الدراهم يتناولها) ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد . وقال الكرخي : هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة ، لا إلى

(قال المصنف : وقيل ، إلى قوله : ينصرف إلى العقود الخ) أقول : أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تغيير ، ثم أقول : يشبه أن يكون القول الأول لمحمد والثاني لأبي يوسف كما مر في مسئلة إبهام الإقرار الحمل في الورق السابق .

(ولو قال اغتصبت منه ألفا أوقال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل .

ومنهم من قال هاهنا يصدق إجماعا لأن الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أى أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدّق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير ، قال المصنف في تعليلها (لأن الإنسان يغصب مايجد ويودع مايملك فلا مقتضى له) أى لواحد من الغصب والإيداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فإن عقد البيع يقتضيها في الجياد : أى ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها ، بخلاف القرض فإن التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الإقرار بغصب الألف أو إيداعها تغييرا لأول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة إن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا ، فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط ، لأنه إنما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا إن لم يتناول أول كلام المقرّ المعيوب وغير المعيوب على السواء ، بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد ، إما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض . وإذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والإيداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقرّ به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا . وقال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس إلا كما في الحنطة وقد لايكون ، وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا ، والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها ، فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضادّ فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب ، وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياهما لاحتمال الجنس الأنواع هذا ، انتهى كلامه . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، أما أولا فلأن الزيافة في الدراهم مما لايكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا إذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها ، وإنما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مرّ وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك هاهنا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا ، وإلا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى ، لأن كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرّر غير

الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أوقال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لأن الإنسان يغصب مايجد ويودع مايملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض فإن التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وإن كان مفصولا) وفيه نظر لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة أن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا . ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس إلا كما في الحنطة ، وقد لايكون ، وحينئذ يجوز أن يكون منوّعا وعيبا . والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما ، لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب . وإذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله

(قوله في الجهة الموجبة لها) أقول : أى للموصوف ، وأنث الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها (قوله وإلا كانت نوعا) أقول : أى منوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول : يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول : فيه شيء إلا أن يراد بالضمير الراجع إليها السليمة على طريق الاستخدام .

ولهذا لوجاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف أنه لايصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان . ولوقال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل (وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق)

تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة ، وإنما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في إخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لافي جعلها معيوبة ، وكذلك في كون الزيافة نوعا : أي منوّعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة ، بل الزيافة كالجودة منوّعة على كل حال ، فإن الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا ، وأما ثالثا فلأنه إن أراد بقوله وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع ، بل الزيافة عيب على كل حال ، وكونها نوعا لاينافي كونها عيبا، فإن كون بعض الأنواع معيوبا بالنسبة إلى بعض الآخر ليس بعزيز ، وإنما لاتكون عيبا لوكانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك . وإن أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ، وإن كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن . قال المصنف (ولهذا) أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء رادّ المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي ورادّ الوديعة وهوالمودع (بالمعيب) متعلق بجاء : أي لو جاء رادّهما بالمعيب (كان القول له) أي للرادّ فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا (وعن أبي يوسف أنه لايصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما صرحوا به (مفصولا) أي إذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (إذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض ، وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقرّ بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق) هذه المسئلة مما ذكروه في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة . قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وإن قال هي ستوقة أو رصاص صدق إن وصل ولم يصدق إذا فصل : يعني في الغصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة ، فصار إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة ، وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل وإلا فلا انتهى . وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الإمام الإسبيجابي فقال (لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لايجوز التجوّز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أي اسم الدراهم (يتناولها) أي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه ، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة ، وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لاحقيقة (فلا بدّ من الوصل) لأن بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا ، بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وإن قال في هذا كله) أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والإيداع (القائم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق ، وإن وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف

إياها احتمال الجنس الأنواع هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله ولهذا) أي ولأجل أن لامقتضى له في الجياد لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له ، فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا. وعن أبي يوسف أنه لايصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض ، إذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما . ولو أقرّ بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولا صدق ، لأن ستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر ، لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل (ولو قال في هذا كله) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا إلا أنه ينقص كذا فإن وصل صدق

لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا . بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لايصح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظى كما بينا ، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه (ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لأن الغصب لايختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن ، وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق أن فى الفصل الأول أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر

فى تعليلها (لأن هذا استثناء المقدار) أى استثناء لبعض ما أقرّ به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لامفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لأنه وصف) أى لأن الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف ، وهو) أى الاستثناء (تصرف لفظى كما بينا) فيما مرّ فيصح فى متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أى لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أى هو فى حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم إمكان الاحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا . قال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير : ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل ، فعن أبى يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى ، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء .ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا ، انتهى كلامه . وقال الكاكى فى معراج الدراية : وبه قال الأئمة الثلاثة : يعنى مالكا والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأن الغصب لايختص بالسليم) فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أى المقرّ له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أى المقرّ (ضامن) يعنى كان القول فى هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقرّ ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين (وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال) أى المقرّ له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أى لم يضمن المقر فى هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه ، وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف (والفرق) بينهما (أن فى الفصل الأول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد » وهذا يتناول ردّ العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الأصل (ثم ادعى) أى ثم ادعى المقرّ بقوله وديعة (مايبرئه) عن الضمان (وهو الإذن) بالأخذ (والآخر) وهو المقر

لأنه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال (ومن أقرّ بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لايختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقرّ إما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه ، أو على فعل غيره كأعطيت ، فإن كان الأول وأتى بما لايوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فإن صدقه المقرّ له فذاك ، وإن كذبه فإن ادعى ما يدل على الإذن بالأخذ كالقرض فالقول للمقرّ مع يمينه ، وإن ادعى غيره ضمن المقر لأنهما فى الأولى توافقا على أن الأخذ كان بالإذن والمقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره ، فكان القول قوله بخلاف الثانية . وإن كان الثانى نحو أن يقول أعطيتنى وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن ، والفرق أنه فى الأول أقرّ بسبب الضمان وادعى مايبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله ، وفى الثانى ادعى الخصم

(قال المصنف : بخلاف الزيافة لأنه وصف الخ) أقول : فى بعض ماذكر وهو البيع والقرض ، وإنما قلنا ذلك لما سبق آنفا من أنه فى الغصب والوديعة بيان النوع فينبغى أن يصح الاستثناء فتأمل .

ينكره فيكون القول له مع اليمين . وفى الثانى أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء ، فإن قال قائل : إعطاؤه والدفع إليه لايكون إلا بقبضه ؛ فنقول : قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ؛ ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان ، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقرّ وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقرّ له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر

له (ينكره) أى ينكر الإذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقا سببُ الضمان فهو ممنوع ، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغلّ ضمان ، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان » كما استدلوا به فى كتاب الوديعة . على أن الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت لم يضمن ، فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ، ولكن لانسلم أن فى الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن ، بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل فى الجواب . قال فى الكفاية : فإن قيل : ينبغى أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علىّ ألف وديعة . قلنا : صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة ، فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لابيان ما احتمله صدر الكلام . وأما قوله لفلان علىّ ألف يحتمل الوديعة : يعنى على حفظه ، فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، إذ لانسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب ، كيف وسيجىء فى كتاب الغصب أن الغصب فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب ؟ وفى الشريعة : أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيى الغصب . ومن المقرر أن العام لايدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث ، فأنّى يكون موجبه الغصب ، وكأنّ صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر مافى الكفاية من السؤال والجواب . كذا قيل وفيه نوع تأمل (وفى الثانى) أى وفى الفصل الثانى وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل إلى غيره) وهو المقرله فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) أى ذاك الغير (يدعى عليه) أى على المقرّ (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض فى هذا) أى فى الحكم المذكور (كالأخذ) يعنى لو قال المقرّ قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا ، كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالإعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت إلىّ ألف درهم وديعة فقال المقرّ له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه) أى إلى المقر (لا يكون إلا بقبضه) فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرار بالقبض ، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغى أن يضمن إذا أقر بالإعطاء والدفع أيضا (فنقول) فى الجواب : لانسلم أن الإعطاء والدفع إليه لايكون إلا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الإعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر فى انعقاد سبب الضمان) لعدم الحاجة إليه . قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من ضمان المقرّ بالأخذ وديعة إذا قال المقرله أخذتها غصبا (بخلاف ما) أى ملابس ، بخلاف ما (إذا قال) أى المقرّ (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك) أى فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضا (على أن الأخذ كان بالإذن) لأن الأخذ بالقرض لايكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة (إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك

سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله . فإن قيل : الإعطاء والدفع لا يكون إلا بقبضه . قلنا : ممنوع قد يكون

فافترقا (وإن قال هذه الألف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها فقال فلان هى لى فإنه يأخذها) لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه.وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردّها ، أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهمالى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان . ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) وجه القياس مابيناه فى الوديعة .

فكان القول للمنكر (فافترقا) أى فافترق ما إذا قال المقر له أخذتها غصبا وما إذا قال أخذتها قرضا . أقول : هاهنا نظر ، لأن الذى يدعيه المقر إنما هو مايبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسئلة الأولى ، وليس ذلك هو الإذن المطلق ، فإن كثيرا مما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصوّر أن تكون مبرئة عن الضمان ، بل إنما ذلك هو الإذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة ، ولا شك أن المقر له لايوافقه على الأخذ بهذا الإذن المخصوص ، وإلا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض . وأما توافقهما على مطلق الإذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لأن ادعاء المقر مايبرئه عن الضمان وهو الإذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة وإنكار المقر له إياه بقوله لاباقيان بعينهما فيم إذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الأمر أن المقر له أيضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره . وإذا تعارض دعواهما وإنكارهما بقى إقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الأخذ سالما عن الدافع كما فيما إذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب اختلاف الحكم تأمل جدا (وإن قال هذه الألف كانت لى وديعة عند فلان فأخذتها)منه (فقال فلان هى لى فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف فى تعليلها (لأنه) أى لأن المقر (أقرّ باليد له.) أى لفلان . وفى الكافى : وأقرّ بالأخذ منه والسبيل فى الأخذ الردّ على المأخوذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاقه الألف على فلان بقوله كانت لى وديعة عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر)مع يمينه (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردّها) علىّ (أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه وردّه) علىّ (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول له) أى للمقرّ (وهذا) أى كون القول قول المقر (عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبى حنيفة هاهنا استحسان وقولهما قياس ، كذا قالوا فى شروح الجامع الصغير وإليه أشار المصنف بقوله (وهو القياس) أى قول أبى يوسف ومحمد هو القياس ،فيفهم منه أن قول أبى حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد : وجه القياس وجه الاستحسان ، ، ثم إن هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر.أما إذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا ، لأن الملك فيه إذا كان معروفا للمقر لايكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه ،كذا فى المبسوط والإيضاح وذكر فى الشروح (وعلى هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الإعارة والإسكان) بأن قال أعرت دابتى هذه فلانا فركبها ثم ردها علىّ ، أو أعرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ثم ردّه علىّ ، وبأن قال أسكنت دارى هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لى (.ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) احترز به عن قول بعضهم إن القول فى هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلا لأبى حنيفة ، ولكن ذلك ليس بثابت فى الأصول ، بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف(وجه القياس ما بيناه فى الوديعة) أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى

بالتخلية . سلمناه لكنه ضرورى فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان ، وكلامه ظاهر (قوله القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) يعنى إذا لم يكن ذلك معروفا للمقر ، أما إذا كان معروفا كان القول للمقر فى قولهم جميعا ،لأن الملك فيه إذا كان معروفا للمقر لايكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إن القول هاهنا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلا لأبى حنيفة . وقوله(وجه القياس ما بيناه فى الوديعة) أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه

وجه الأستحسان وهو الفرق أن اليد فى الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا ، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع . ووجه آخر أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فى كيفيته ، ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه ، حتى لو قال أودعتها

استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد فى الإجارة والإعارة ضرورية) يعنى أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هى ضروية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدما) أى فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر فى حق الاستحقاق على المقر لأن مايثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) أى فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة (إقرارا له) أى للمقرّ له (باليد مطلقا) أى من كل وجه بل يكون إقرارا له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة) فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لايكون بدون اليد (والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به) أى بالإيداع (اعترافا باليد للمودع) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الإقرار بالإيداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أى من كل وجه كما صرح به فى الكافى حيث قال : فكان الإقرار بالوديعة إقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع ، إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقرارا باليد مطلقا للمودع ، وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لايتم به التقريب كما لايخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته) أى من جهة المقر (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليد له بأىّ طريق كان كما لو كان فى يده عبد وقال هذا عبدى بعته من فلان ولم أسلمه إليه بعد فقال المقرّ له لا بل كان عبدى لم أشتره منك كان القول قول المقرّ دون المقر له لهذا المعنى ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وكما لو قال ملكت عبدى هذا فلانا بألف درهم إلا أنى لم أقبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له وإن زعم الآخر خلافه ، كذا فى العناية وشرح تاج الشريعة أخذا من الأسرار (ولا كذلك فى مسئلة الوديعة ، لأنه) أى لأن المقرّ (قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون) أى الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة فى يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها ، وكذا الثوب إذا هبت الريح فألقته فى دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار ، وإن لم يدفعها إليه صاحبه ، كذا فى عامة الشروح . أقول : هنا كلام . أما أولا : فلأن ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافى ما ذكره فى الوجه الأول من أن الإيداع إثبات اليد قصدا ، لأن إثبات اليد قصدا يقتضى الصنع . فإن قلت : مراده أنها قد تكون من غير صنع المقرّ لامن غير صنع المودع وكون الإيداع إثبات اليد قصدا إنما يقتضى صنع المودع فلا منافاة . قلت : فحينئذ يلزم أن لايصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح ، وذكر الثانى صاحب الكافى أيضا ، إذ لاصنع لأحد فى ثبوت يد الملتقط فى اللقطة وفى ثبوت يد صاحب الدار فى الثوب الذى ألقته الريح فى داره . وأما ثانيا فلأن تمثيل جمهور الشراح الوديعة هاهنا بالمثالين المزبورين ينافى ما صرحوا به فى أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هى التسليط على الحفظ ، وذلك إنما يكون بالعقد والقصد ، والأمانة أعم من ذلك ، فإنها قد تكون بغير عقد وقصد كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان فألقته فى بيت غيره ، ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) أى المقر (أودعتها

وهو ينكر والقول للمنكر . وقوله (فيكون القول قوله فى كيفيته) أى فى كيفية ثبوت اليد بأىّ طريق كان ، كما لو قال ملكت عبدى لك بألف درهم إلا أنى لم أقبض الثمن ولى حق الحبس كان القول قوله وإن زعم الآخر خلافه . وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة فى يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح وألقت ثوبا فى دار إنسان .

(قال المصنف : والإيداع إثبات اليد) أقول : قال الإتقانى : يعنى ثبوت الملك انتهى . والأظهر أن يقال : يعنى فى حق الحكم باليد للمقر له

كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه . لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا ، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما

كان) جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان . أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أن الفرق المذكور إنما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الألف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي . وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك ، إذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيئول معنى قوله المذكور إلى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه) أي عدم ذكر الأخذ (في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه) أي الإعارة والإسكان . قال في غاية البيان : إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد . قلت : وإنما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الإسكان كان مذكرا ، وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس ، أما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسئلتين ومراد المصنف هاهنا الرد على الإمام القمي فيما ذكر من الفرق فإنه قال : إنما وجب الردّ في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد . وقال في الإجارة وأختيها : فردها عليّ فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضا ، وإليه أشار بقوله (لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا) بقي وجه آخر للفرق ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير ، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية ، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمعير بإقرارهما امتنع الناس عن الإجارة والإعارة فلا يؤاخذان بإقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الإجارة والإعارة ، وأما في الوديعة فمنفعة الإيداع تعود إلى المالك ، فلو أخذنا المالك بإقراره لانقطع الإيداع انتهى . أقول : يرد عليه أن يقال : تعود المنفعة في الإجارة أيضا إلى المالك وهو المؤجر ، لأنها عقد معاوضة لا عقد تبرّع فتعود فيها منفعة الأجرة إلى المؤجر قطعا ، كما يعود في الإيداع منفعة الحفظ إلى المودع ، فلم يتم الفرق المذكور بالنظر إلى مسئلة الإجارة وإن تم بالنظر إلى مسألة الإعارة ، اللهم إلا أن يقال : منفعة الأجرة وإن عادت في الإجارة إلى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود إلى المستأجر ، ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الإجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الإيداع فإنه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة (وهذا) أي الذي ذكر في الإجارة وأختيها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله) أي قول المقرّ له (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (وذلك) أي قضاء الديون بأمثالها (إنما

وقوله (وليس مدار الفرق) إشارة إلى الردّ على الإمام القمي فيما ذكره أن الرد إنما وجب في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الردّ . وقال في الإجارة وأختيها : أي العارية والسكنى فردها عليّ فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضا ، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب (وهذا) أي الذي ذكره في الإجارة وأختيها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لأن الديون تقضى بأمثالها) وذلك معلوم ، فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين ، لأن الاقتضاء إنما

(قال المصنف : كان على هذا الخلاف) أقول : على هذا الوجه بخلاف الأول كما لا يخفى (قوله على الإمام القمي) أقول : القمي بضم القاف هو علي بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ حسن بن زياد ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، وقم : بلد معروف بالعراق (قال المصنف : وذلك إنما

يكون بقبض مضمون ، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، ولو أقرّ أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقرّ بمجرد فعل منه ، وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقرّ وصار كما إذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقرّ لما أنه أقرّ بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا .

يكون بقبض مضمون) أى بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره . أما هاهنا) يعنى فى صورة الإجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المقام: لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك معلوم ، فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقرّ بقبض مثل هذا الدين لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون ، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعنى فى صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا . وقال : وعليك بتطبيق ماذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبر إن شاء الله تعالى . أقول : لايظهر لذى فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما فى المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير فى كلام المصنف ، بل يظهر له نوع اختلال فى كلام الشارح . أما الأول فلأن قوله فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضى تقديم ذاك تقديم هذا ، كيف . ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لأن الديون تقضى بأمثالها ، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء فى فإذا أقر مثل ما تم فى تقديم ذلك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح . وأما الثانى فلأنه علل قوله فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ، ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الإقرار بالاقتضاء إقرار بسبب الضمان ، لأن الإقرار باقتضاء الدين إقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر) أى والحال أن ذلك كله فى يد المقر (فادعاها) أى فادعى الأرض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقرّ لا بل ذلك كله لى استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقرّ) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال فى تعليلها (لأنه) أى لأن المقرّ (ما أقر له) أى لفلان (باليد ، وإنما أقرّ بمجرد فعل منه) أى من فلان (وقد يكون ذلك) أى الفعل من الغير (فى يد المقر) يعنى أن الإقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين والأجير والعين فى يد صاحبها (وصار) أى صار حكم هذا (كما إذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أى من الخياط (وقد يخيط ثوبا فى يد المقرّ كذا هذا) أى كذا حكم المسائل المذكورة . قال فى النهاية : فحصل

يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادّعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعنى فى صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبير إن شاء الله تعالى ، وباقى كلامه لايحتاج إلى شرح .

يكون بقبض مضمون) أقول: لعله من قبيل : سيل مفعم ، إن كان التركيب توصيفيا ، ويجوز أن يكون إضافيا (قوله وعليك بتطبيق، إلى قوله : بحسن التدبير) أقول : فيه بحث .

(باب إقرار المريض)

قال (وإذا أقرّ الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ،

من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع : ففى نوع منها كان القول قول المقرّ له بالإجماع وهو مسئلة الوديعة والإقراض والاقتضاء . وفى نوع منها كان القول قول المقرّ بالإجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الأرض أو بناءها هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه . وفى نوع منها اختلفوا فيه . فعند أبى حنيفة القول قول المقرّ كما فى الثانى ، وعندهما القول قول المقر له كما فى النوع الأول وهو مسئلة الإجارة والإعارة والإسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى .

(باب إقرار المريض)

لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح شرع فى بيان أحكام إقرار المريض ، لأن المرض بعد الصحة ، وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (وإذا أقرّ الرجل فى مرض موته بديون) أى بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه) أى فى مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته : أى لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) على ما أقرّ به فى مرضه ، إلى هنا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (وقال الشافعى : دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو بإقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين) وإنما تعرّض لوصفى العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب فى الإخبار والإقرار إخبار عن الواجب فى الذمة ، ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر ومرضه ، بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورّع عن المعاصى والإنابة عما جرى فى الماضى ، فالاحتراز عن الكذب فى هذه

(باب إقرار المريض)

أفرد إقرار المريض فى باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة . قال (وإذا أقرّ الرجل فى مرض موته الخ) إذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة أو أقرّ فى مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتى عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقرّ بها (وقال الشافعى : دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن الأهل) إذ الغرض فيه المضاف إلى محله وهى الذمة القابلة للحقوق ، فصار كإنشاء التصرف مبايعة أو مناكحة ،

(باب إقرار المريض)

(قال المصنف : وإذا أقر الرجل ، إلى قوله : مقدم) أقول : التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لافرق بين الدين والديون فى الحكم (قال المصنف : وقال الشافعى دين المرض ودين الصحة ، إلى قوله : ومناكحة) أقول : المدعى عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة ، والدليل خاص فينبغى أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين الثابت بالإقرار فى دين الصحة ، والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت فى المرض ، ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى . ثم أقول : القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الإقرار سبب الملك عند الشافعى على ماذهب إليه بعض أصحابنا لادليله على ماهو المختار ، وأشار إليه المصنف فى تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الإقرار الصادر الخ) أقول : أى هو الإقرار الصادر عن الأهل والإقرار المضاف إلى المحل ، ولكن بقى هاهنا

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة . ولنا أن الإقرار لايعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ،وفى إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ، ولهذا منع من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث ،

الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر ، كذا فى الشروح . واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعى بالوجه الذى ذكره المصنف حيث قال : فيه كلام ، وهو أن هذا الدليل إنما يفيد مساواته للدين الثابت بالإقرار فى الصحة فلا يطابق المدعى كما لايخفى . والأولى أن يقال : وعند الشافعى الدين فى المرض يساوى الدين فى الصحة لاستواء السبب المعلوم والإقرار انتهى كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل إذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالإقرار فى الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ، ويطلق على مثل ذلك الإجماع المركب كما تقرر فى علم الأصول . وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال : المدعى عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة والدليل خاص ، ثم قال : ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى . أقول : لاحاصل له هاهنا لأنه إن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لأدنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالإقرار فى الصحة على مساواته لأعلى دينى الصحة وهو الدين اللازم فى الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح ، إذ لايلزم من وصول الشىء إلى رتبة الأدنى وصوله إلى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأول على الثانى ، وإن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى دينى المرض وهو الدين الثابت بالإقرار فى المرض للدين الثابت بالإقرار فى الصحة على مساواة أعلى دينى المرض وهو الدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالإقرار فى الصحة فهو مسلم ، إذ يلزم من وصول الأدنى إلى رتبة شىء وصول الأعلى إلى رتبة ذلك الشىء بالأولوية لكنه لايجدى شيئا هاهنا ، إذ الكلام فى قصور الدليل المذكور عن إفادة مساواة دين المرض للدين اللازم فى الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى . وهذا لايندفع بذلك ، على أن مساواة الدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لانزاع فيه فلا فائدة فى التنبيه عليه أصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهى ذمة الحر البالغ العاقل وهى فى حالتى الصحة والمرض سواء ، فاستوى دين المرض ودين الصحة فى سبب الوجوب وفى محله فيستويان فى الوجوب ، وإذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أى صار إقراره فى المرض كإنشائه التصرف بالبيع والنكاح فى حالة المرض وذلك مساو لتصرفه فى حالة الصحة فكذا هاهنا (ولنا أن الإقرار لايعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير) أى إذا تضمن إبطال حق الغير ، كما لو رهن أو آجر شيئا ثم أقرّ أنه لغيره فإنه لاينفذ إقراره فى حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفى إقرار المريض ذلك) أى إبطال حق الغير (لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعنى مال المريض (استيفاء) أى من حيث الاستيفاء (ولهذا ذلك) أى المريض (من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية : أى فيما إذا لم يكن عليه دين ، وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرّعه أصلا فى الثلث وما دونه انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية فى حل

وإنما تعرّض لوصف العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب فى الإخبار ، والإقرار إخبار عن الواجب فى ذمته ، ولا تفاوت فى ذلك بين صحة المقرّ ومرضه (ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وإقرار المريض تضمنه ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرّع والمحاباة) أصلا إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن

شىء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح (قال المصنف : لأن حق غرماء الصحة الخ) أقول : وبهذا يخرج الجواب عن قوله : ومحل الوجوب الذمة ، فإن الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة ، وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب إلى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الإقرار ، إليه أشير فى المبسوط (قال المصنف : ولهذا منع من التبرع الخ) أقول : التفريع بظاهره غير مستقيم كما لايخفى على المتأمل ، ثم رأيت فى الكفاية مايتوهم كونه جوابا عن ذلك ، وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بما له حق الوارث لايعتبر تبرعه إلا من الثلث ، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلأن يمنع فيما إذا

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية .

هذا المحل بهذا المعنى ، ولكن غير العبارة حيث قال : ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ الظاهر من قولهما إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكرة فى سياق النفى فحينئذ يصير معنى كلام المصنف : ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما إذا لم يكن على المريض دين أصلا . ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله ، لأنه إذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله . فالوجه فى حل هذا المحل أن يقال : ما ذكره المصنف فيما إذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله ، وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا : أى بالثلث وبما دونه ، نعم يمنع المريض من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلا ، لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به ، فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور فى صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذى مسكة . ثم إن جمهور الشراح قالوا فى قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث : جواب عما ادعاه الشافعى من استواء حال الصحة وحال المرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة فى حال المرض كما لا يمنع عنهما فى حال الصحة . أقول : يرد عليه أن يقال : لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث فى حالة المرض لتعلق حق الورثة بما له فى تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ؟ ألا يرى أنه يمنع من ذلك فى تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعى ، لأن ما ادعاه استواء حالتى الصحة والمرض فى حق غرماء الصحة والمرض لا فى حق الورثة . ثم أقول : كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا إذا أحاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعى قطعا ، ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن ، وكأن الإمام الزيلعى تنبه لقصور ما ذكره المصنف هاهنا فى التفريع حيث قال فى شرح الكنز بدل ذلك : ولهذا منع من التبرّع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث ، لكن فيما قاله إفراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط ، لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا أحاطت الديون بماله ، وأما فيما إذا لم تحط به فقدر بالثلث ، والظاهر من كلامه الإطلاق فكان فيه إفراط ، فالحق الذى لا محيد عنه فى تنقيح الكلام هاهنا لإفادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا . فإن قيل : الإقرار بالوارث فى المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الإقرار بالدين فى المرض إذا كان فيه إبطال حق غرماء الصحة مع استوائهما فى إبطال حق الغير ؟ قلنا : استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا وهو الموت ، ألا يرى أن شاهدى النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئا . فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار ، كذا فى المبسوط والأسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من إنشاء النكاح : يعنى لا يلزمنا ذلك (لأنه من الحوائج الأصلية) فإن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف

عليه دين ، وفى هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعى من الاستواء بين حال الصحة والمرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة فى حال المرض كما فى حال الصحة . فإن قيل : الإقرار بالوارث فى المرض صحيح وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا ، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا وهو الموت ، بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت (قوله بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعى من إنشاء النكاح والمبايعة ، وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية

تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اهـ . وأنت خبير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد (قال المصنف : بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية) أقول : سيجيء أن قضاء الدين أيضا من الحوائج الأصلية . وإبطال حق الغرماء مشترك ، فإن البضع ليس بمال متقوم فما الفرق ؟ وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل .

وهو بمهر المثل ، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ، وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير ، وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر ، بخلاف حالتي الصحة

إلى ثمن الأدوية والأغذية (وهو) أي النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية : يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز ، كذا في العناية . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا . أقول : كون النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا ممنوع ، فإن الحوائج الأصلية ما يكون من ضروريات الإنسان ، والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لإمكان حصوله بمهر المثل . فإن قيل : لو تزوّج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء جواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز ، وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة . قلنا : النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فإن الحال مما لا يوقف عليها ليبتنى الأمر عليها ، إليه أشار في الأسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء المبايعة : يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وإن فاتت الصورة ، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدّ له ، وللبدل حكم المبدل . ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضا لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع . أجاب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق التثمير) أي تثمير المال وهو تكثيره ، يقال ثمر الله ماله : أي كثره فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى . ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله ، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك . أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لأنه) أي لأن المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الإقراران في المرض بمنزلة إقرار واحد ، كما أن حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالا : يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز . فإن قيل : لو تزوّج شيخ فان رابعة جاز وليس بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية ، أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فإن الحال مما لا يوقف عليها (قوله وبخلاف المبايعة) يعني أن المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لأنه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية . فإن قيل : لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر . أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير) فلم يحتج إلى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقرّ له الأول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك . أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لأنه حالة الحجر) فكانا بمنزلة إقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الإقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) أقول : هذه جملة معترضة (قوله يجوز أن يكون حالا) أقول : يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل) أقول : وفيه بحث ، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا .

والمرض ، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا ، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لاتهمة في ثبوتها إذ المعاين لامردّ له ، وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوّج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لايقدم أحدهما على الآخر لما بينا ،

والمرض ، لأن الأولى) أى حالة الصحة (حالة إطلاق) للتصرف (وهذه) أى حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف . قال في غاية البيان : لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق (فافترقا) أى افترق الوجهان أو الحكمان فمنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولم يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره . ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض . وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال (وإنما تقدم المعروفة الأسباب) يعنى إنما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض (لأنه لاتهمة في ثبوتها) أى في ثبوت تلك الديون (إذ المعاين لا مردّ له) يعنى أن ثبوتها بالمعاينة والأمر المعاين لا مردّ له فتقدم على المقرّ به في المرض (وذلك) أى ماذكر من الديون المعروفة الأسباب (مثل بدل مال مملكه) كثمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أى أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أى وجوب البدل (بغير إقراره) أى بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوبه بمعاينة القاضى أو بالبينة (أو تزوّج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى ؛ كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الأسباب . أقول : الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا ، وإلا كان مما يثبت بإقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الأسباب ، وإذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لايرى في تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لايقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه لاتهمة في ثبوتها فإن تلك العلة : أعنى عدم التهمة في الثبوت كما تتمشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعاين لامرد له كذلك تتمشى في دين الصحة مطلقا ، أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعاين لامردّ له ، وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لايكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا . وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لامرد له . أقول : ليس هذا بتام . لأن تلك العلة : أعنى قوله إذ المعاين لامرد له لاتتمشى فيما إذا ثبت دين الصحة بالإقرار ، إذ الثابت بالإقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لايقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه . وقال صاحب العناية : لما بينا أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى . أقول : هذا تكلف مستغنى عنه ؛ فإن قول المصنف لأنه لاتهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لايكتفى به في شرح قوله هاهنا لما بينا فيصار إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لأنه لاتهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية .

والمرض لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولا يمنع الإقرار في أوّل المرض عن الإقرار في آخره ، وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض . وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال (وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لاتهمة في ثبوتها إذ المعاين لامرد له) فتقدم على المقرّ به وتصير مثل دين الصحة (لايقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ، ولا تهمة في ثبوته في غيره .

(قال المصنف : لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز) أقول : الأنسب بقوله حالة إطلاق أن يقال حالة حجر سبقني إليه الإتقانى (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول : الثابت بالإقرار والإضافة للعهد (قوله ولا تهمة في ثبوته في غيره) أقول : فيه بحث ، فإن الظاهر من كلام المصنف أن قوله لاتهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره . قال الإتقانى : قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لامرد له اه . وفيه بحث أيضا .

ولو أقرّ بعين فى يده لآخر لم يصح فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن فى إيثار البعض إبطال حق الباقين ، وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء ، إلا إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة .

وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية : قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لا تهمة فى ثبوتها . أقول : إن أرادا أن قوله لما بينا إشارة إلى قوليه المذكورين فى الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما مايرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه ، وإن أرادا أنه إشارة إلى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الأسباب مطلقا مثل دين الصحة لايقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح ، لأن قوله لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح ، وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين فى يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) إقراره (فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقربه ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ، ومفادها أن الإقرار بالعين فى المرض كالإقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعى . ذكر المصنف المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال فى تعليلها (لأن فى إيثار البعض إبطال حق الباقين) وهو لا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا ، نص عليه فى المبسوط وغيره . وقال الشافعى : المقبوض سالم للقابض ، لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه فى الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء) أى وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء فى الديون المعروفة الأسباب سواء فى عدم جواز إيثار البعض على البعض بقضاء الدين ، والعلة اشتراك الكل وتساويهم فى تعلق حقهم بمال المريض (إلا إذا قضى ما استقرض فى مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض . وقوله فى مرضه متعلق بالفعلين جميعا ، أعنى قضى واستقرض ، فالمعنى : إلا إذا قضى فى مرضه ما استقرض فى مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه) أى نقد فى مرضه ثمن ما اشترى فى مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أى والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضى فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما ، ولا يشاركهما فى ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء ، بل إنما حوّله من محل إلى محل يعدّ له ، وكان تعلق حقهم بالمالية بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل . وفى المبسوط : أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة : لا يمتنع ذلك ، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل . قال فى النهاية .

قال (ولو أقرّ بعين فى يده لآخر لم يصح) الإقرار بالعين فى المرض كالإقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين (لأن فى ذلك إبطال حق الباقين) فلا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا . وقال الشافعى : سلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته ويخاصمه فى الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره (قوله إلا إذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ، ومعناه : إذا قضى فى مرضه ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره ، لأنه لم يبطل حق الغرماء وإنما حوّله من محل إلى محل آخر يعدّ له . أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول : يعنى نقد فى مرضه .

قال (فإذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شىء يصرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض) لأن الإقرار فى ذاته صحيح ، وإنما ردّ فى حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته . قال (وإن لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقرّ له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته

وذكر فى الذخيرة بأوضح من هذا فقال : فإن قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا ، قالوا : لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر ، لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لا فى أعيانه ، وهذا لا يكون إبطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل ، ألا يرى أنه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك ، فأما فى النكاح والإجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان إبطالا لحقهم وليست له ولاية الإبطال انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة (وفضل شىء) هذا من كلام القدورى : يعنى وفضل شىء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض) قال المصنف فى تعليله (لأن الإقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن أهله فى محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وإنما ردّ فى حق غرماء الصحة) لكونه متهما فى حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أى صحة إقراره فى المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن لم يكن عليه) أى على المريض (ديون فى صحته جاز إقراره) وإن كان بكل ماله . قال المصنف فى تعليله (لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير) يعنى أنه إنما ردّ لتضمنه إبطال حق الغير ، فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع . أقول : كان الظاهر فى وضع المسئلة أن يقال : وإن لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه بأسباب معلومة جاز إقراره ، لأن الديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر ، فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره ، وإن لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه بأسباب معلومة (وكان المقرّ له أولى من الورثة) هذا من كلام القدورى أيضا . قال المصنف فى تعليله (لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والأثر فى مثله كالخبر لأنه من المقدّرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم ، كذا فى التبيين . قال صاحب غاية البيان ، فيه نظر ، لأنه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر ، وكذا روى فى الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال : إذا أقرّ الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله . أقول : هذا النظر غير وارد ، لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء فى النقل إلى أحدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع فى الهداية والكافى وغيرهما ، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل ، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولنا

البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة ؟ لا ، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المقدمة) بنوعيها (وفضل شىء صرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض لأن الإقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه (وإنما ردّ حقا لغرماء الصحة فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته وإذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره وإن كان بكل المال) لعدم تضمنه إبطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) فإن قيل : الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام « الثلث والثلث كثير » وذلك أقوى من قول عمر . أجيب بأن ذلك فى الوصية وما فى معناها ، والإقرار للأجنبى ليس من ذلك

ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين . قال (ولو أقرّ المريض لوارثه لايصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليه : يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث .

ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا : إذا أقرّ المريض لوارثه لم يجز ، وإذا أقرّ لأجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة . قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « الدين حائل بينه وبين الجنة » كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز . أقول : لقائل أن يقول : إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لايتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحته بقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل.ثم أقول : يمكن أن يقال : قضاء الدين الثابت بإقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة ، والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو تحققا ، ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما ، وأما إذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر ، وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما ، بخلاف النكاح فإن علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال . وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقرّ بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية . أقول : يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقرّ به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني ، إذ المعاين لا مردّ له لاعدم كون الأول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف ، بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية ، ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا . ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقرّ المريض لوارثه لايصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به ، وعن هذا قال صاحب النهاية ، وهو بإطلاقه يتناول العين والدين (إلا أن يصدقه فيه) أي في إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد ، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور والعطاء والحسن البصري . وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويبطل إذا اتّهم كمن له بنت وابن عم فأقرّ لابنته لم يقبل ، ولو أقرّ لابن عمه قبل ، إذ لايتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لأن هذا الإقرار (لإظهار حق ثابت) أي إخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) هذا الإقرار (كالإقرار لأجنبيّ وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شيء من التركة إليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح . وصورة ذلك على

كما سيأتي (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه . قال (ولو أقرّ المريض لوارثه لايصح) وإقرار المريض لوارثه باطل سواء أقرّ بعين أو بدين (إلا أن يصدقه بقية الورثة . وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته (فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث)

(قوله كما سيأتي) أقول : في آخر الصحيفة (قال المصنف : لأنه إظهار حق ثابت الخ) أقول : فيه دلالة على أن الإقرار مظهر عنده أيضا لاسبب

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين »

ماذكر فى الجامع الكبير : رجل أودع أباه ألف درهم فى حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود، فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة ، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقرّ له خاصة . قال جماعة من الشراح : والجواب عنه أنا لو لم نعتبر إقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد ردّ إقراره ، ولأن تصرف المريض إنما ردّ للتهمة ولا تهمة فى المعاينة انتهى. أقول : جوابهم الثانى ليس بصحيح،لأن الثابت بالمعاينة فى المسئلة المذكورة إنما هو إيداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها ، وإنماثبت الاستهلاك بإقرار المورّث لاغير كما هو المفروض فى هاتيك المسئلة فبقى الكلام فى صحة الإقرار بالاستهلاك ، فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر فى الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورةبقوله لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة لا خلل فيه ولا تهمة فى هذا ، ألايرى أنا إذاكذبناه فمات وجب الضمان أيضا فى تركته لأنه مات مجهلا انتهى . وكأن تلك الجماعة من الشراح اغترّوا بما فى الجامع الكبير من قوله ولا تهمة فى هذا ، ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك ، بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقرّ سواء صدق فى إقراره أم كذب لأنه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكورفيه . ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضا فى تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور فى الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعى، مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعى لا له ، وإنما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل هاهنا على وجه الجواب عن قياس الشافعى ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ») رواه الدارقطنى فى سننه عن نوح بن درّاج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاوصية لوارث ولا إقرار له بالدين » قال شمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه : وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة ، وإنما المشهور قول ابن عمر رضى الله عنهما : إذا أقرّ الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقرّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة . وبه أخذ علماؤنا ، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى . وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر : ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعا انتهى . أقول : كل واحد من الحديث الذى رواه الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأثر الذى روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما إنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ، ومسئلتنا تعم بطلان إقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به ، فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام

كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود ، فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف من تركته للابن المقرّ له خاصة ، لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة ولا تهمة هاهنا ، ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان أيضا فى تركته لأنه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ولاإقرارله بالدين ») وهو نص فى الباب ، لكن شمس الأئمة قال : هذه الزيادة غير مشهورة ، والمشهور قول ابن عمر رضى الله عنهما ، وأراد به ماروى عنه : إذا أقرّ الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقرّ لوارث فهوباطل إلا

الوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور فى أول الباب ، ولعل فيه قولين عن الشافعى كما من أصحابنا أو يقدر المضاف هناك ، والمعنى لاستواء سببى ظهورهما (قوله ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان) أقول : وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعى محل النزاع بالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره فى تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » الحديث أقول : رواه الدارقطنى ، كذا قال الإتقانى (قوله لكن شمس الأئمة قال : هذه الزيادة الخ) أقول : يعنى فى المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول : يعنى أراد بقول ابن عمر رضى الله عنهما .

ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ، ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق ،

المدعى ، اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرّع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أى ففى تخصيص بعض الورثة بماله (إبطال حق الباقين) أى إبطال حق باقى الورثة وهو جورعليهم فيردّ وتذكر هاهنا ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه ، فإنا قد ذكرناهما فيا مرّ نقلا عن المبسوط والأسرار . فإن قيل : حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته ، فإذا أقرّ بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لايكذب على نفسه خرافا ، وبالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعى ينضم إلى العقلى فيبعثه على الصدق . قلنا : الإقرارللوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر ، وفيه إبطال حق الباقين ، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة ، بخلاف الأجنبى لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية ، وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به إنشاء لاتتمكن التهمة فى إقراره ، كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال ، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الأقرباء بالمال ، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشىء منه بلا مخصص ، وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف : ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره . وقال بعض الفضلاء : قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلا إنيا وهذا دليل لمى انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن تقديم قوله ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين يأبى عن ذلك جدا ، لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة ، وقوله ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالأولى ، ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الأولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلى المقدمة الأولى ، ولا يخفى مافيه ، نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلا على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسيط قوله ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، وعن هذا قال فى الكافى ، ولأنه آثر بعض ورثته بشىء من ماله بعد تعلق حق الكل بما له فيردّ كما لو أوصى له بشىء من ماله ، وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثارالموت فيها ، والظاهر أن الإنسان لايحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند إقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين انتهى . وقال فى التبيين : ولأن فيه إيثار

أن يصدقه الورثة . وبه أخذ علماؤنا ، لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس (ولأن حق الورثة تعلق بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ، ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال ، وكل ماهو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لأنها(سبب تعلق حق الأقرباء

(قال المصنف : ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول : منعا كليا لابالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد ، فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر (قال المصنف : ففى تخصيص البعض به الخ) أقول : الظاهر أن يقال وفى بالواو (قال المصنف : ولأن حالة المرض الخ) أقول : عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلا إنيا وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول: لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية .

إلا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الأجنبى لحاجته إلى المعاملة فى الصحة ، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه ؛ وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ، ثم هذا التعلق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره . قال (وإذا أقرّ لأجنبى جاز وإن أحاط بماله) لما بينا ، والقياس أن لايجوز إلا فى الثلث

بعض الورثة بماله بعد تعلق حتى جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لايتمكن منه بالوصية لهم انتهى ، تبصر (إلا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض (لم يظهر فى حق الأجنبى) حيث لم يمنع إقرار المريض لأجنبى (لحاجته) أى لحاجة الإنسان (إلى المعاملة) مع الناس (فى الصحة) أى فى حالة الصحة ، فلو لم يصح إقراره بالكلية فى حالة المرض لم تقض حاجته فى حالة الصحة (لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) فى الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج وهو مدفوع شرعا . ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبى يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن المعاملة للاستّرباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أى وكذا لم يظهر هذا التعلق (فى حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أى لحاجة الإنسان إلى الإقرار بالوارث أيضا لأن الإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية لأنه يحتاج إلى إبقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى مرضه (حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه) أى إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أى أبطلوا حقهم (فيصح إقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله إلا أن تصدقه فيه بقية الورثة (وإذا أقر لأجنبى جاز وإن أحاط بماله لما بينا) إشارة إلى قوله ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية كما ذهب إليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية ، وإلى قوله لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب إليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العينى . وفى العناية : وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لايجوز إلا فى الثلث) وهو مذهب

بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشىء منه بلا مخصص (إلا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الأجنبى لحاجته إلى المعاملة فى حالة الصحة ، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فإن قيل : فالحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبى يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن البيع للاستّرباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) هذا (لم يظهر فى حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الإقرار) قال (وإذا أقرّ لأجنبى جاز الخ) وإذا أقرّ المريض لأجنبى صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية ، وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان ، فإن القياس لايقتضى جوازه إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر ، إلا أنا قلنا لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى الثلث الباقى ، لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الإقرار فى الثلث الثانى ثم وثم إلى أن يأتى على الكل . فإن قيل : للمريض حق التصرف فى ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله صح له التصرف فى ثلث الباقى لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتى على الكل . فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض ، فكلما أقرّ بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشىء محل تصرف المريض وصية بل الثلث

(قوله كما مر) أقول : فى آخر الصحيفة السابقة .

لأن الشرع قصر تصرفه عليه : إلا أنا نقول : لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل. قال (ومن أقرّ لأجنبى ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه وبطل إقراره ، فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوّجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقى إقراره لأجنبية :

بعض الناس كما ذكر شيخ الإسلام فى مبسوطه (لأن الشرع قصر تصرفه) أى تصرف المريض (عليه) أى على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا فى الثلث ، فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا فى الثلث ، كذا قالوا . أقول : لقائل أن يقول : الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف ، وإلا لزم أن لا ينفذ تصرفه فى نحو ثمن الأغذية والأدوية إلا فى مقدار الثلث ولم يقل به أحد. وقد تقرّر فيما مرأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فلم يجر القياس المذكور فى الإقرار بالدين ، اللهم إلا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (إلا أنا نقول) فى وجه الاستحسان (لما صح إقراره فى الثلث) لانتفاء التهمة عن إقراره فى ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف فى ثلث الباقى لأنه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الإقرار فى الثلث الثانى (ثم وثم حتى يأتى على الكل) كذا فى الإيضاح وعامة المعتبرات . أقول : فيه شىء ، وهو أن الإتيان على الكل غير متصور فى الوجه المزبور ، أما على القول بالجزء الذى لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر ، لأن التثليث إذا انتهى إلى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدها وبقى الجزءان امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزءين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ فى شىء منهما ، وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك ، لأن الثلث فى كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل . لا يقال : مرادهم الإتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة . لأنا نقول : فحينئذ لا يتم التقريب لأن المدعى جواز الإقرار لأجنبى وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ، ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين ، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها ، لأن المريض له حق التصرف فى ثلث ماله بدون إجازة الورثة ، فلما صح تصرفه فى ثلث ماله كان له التصرف فى ثلث الباقى ، لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتى على الكل . وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض ، فلما أقرّ بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشىء محل تصرف المريض وصية ، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لأجنبى) فى مرضه بمال (ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه) أى ثبت نسب المقرله من المقر (وبطل إقراره) بالمال (فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضا . وقال زفر : بطل الإقرار لها أيضا لأنها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهى المعتبر فى الباب ، ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أى بين المسئلتين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح) يعنى أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوّج) يعنى أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقى إقراره لأجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ والهبة

محلها ليس إلا فافترقا. قال (ومن أقرّ لأجنبى الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا، والوارث إما مستمر أو غير مستمر ، وغير المستمر إما أن يكون وارثا حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره ، وإما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره ، وما لغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أولا ،

(قوله وما لغيره) أقول : أى لغير الحجب (قوله وإما أن يكون) أقول : معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا

قال (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)

فى المرض فى حكم الوصية على ما يأتى بيانه . وفى وصايا الجامع الصغير : ولو أن المريض أقرّ بدين لابنه وهو نصرانى أو عبد ثم ثم أسلم الابن أو أعتق للعبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ، وليس هذا كالذى أقرّ لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الإقرار انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) أى من الزوج. قال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز : هذا إذا طلقها بسؤالها ، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا مابلغ ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارّ وقد بيناه فى طلاق المريض انتهى . وقال نجم الدين الزاهدى فى شرح مختصر القدورى وفى بعض النسخ والشروح : ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقرّ لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ماقرره فى الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار ، ففى الوضع الأول ترثه إذا مات فى العدة ، وفى الوضع الثانى لاترثه ، ومع هذا إذا أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث ، انتهى كلامه . أقول : قد اختلف رأياهما فى استخراج هذا المقام . والذى يطابق مامر فى كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعى فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثا فى مرضه بأمرها ثم أقرّ لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث ، فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعى هاهنا ، ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ، ثم إنى تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر فى شىء منها بكون الحكم واحدا فى الموضعين المذكورين ، بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها ، فالظاهر ما ذكره الزيلعى . وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافى وكثير من الشراح هاهنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به فى كتاب الطلاق . ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسئلة هاهنا أيضا بالقيد المذكور إلا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما إذا كان المقرّ له وارثا حالة الإقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور فى الكتاب فقال : كما إذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث ،

وإما أن يكون : أعنى غير المستمر وارثا فى الحالين غير وارث بينهما ، فذلك ثمانية أوجه : ففيما لم يكن أصلا صح إقراره بالإجماع ، وفيما كان وارثا مستمرا لايصح بالإجماع ، وفيما كان وارثا حالة الإقرار دون الموت ، فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقر لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الوراثة بالموت ، فإذا لم يكن عنده وارثا كان كالأجنبى ، وإن كان لغيره : أى لغير الحجب كما إذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها ، وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها ، ولا تهمة فى الأقل فيثبت ، وفيما إذا كان وارثا حالة الموت دون الإقرار ، فإن كان لحجب كما إذا أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن بطل إقراره ، خلافا لزفر اعتبارا لحالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقرّ لأجنبية ثم تزوّجها . قلنا : الإقرار للوارث لايصح ، وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل إقراره ، بخلاف الأجنبية فإنها لم تكن وارثة قبل التزوّج وإن كان لغيره وقد استند السبب ، كما إذا أقر لأجنبى فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره إن لم يستند ، كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل . والفرق أن بالمستند تبين كون الإقرار للوارث ، بخلاف غيره ، وفيما كان وارثا فى الحالين دون الوسط كما إذا أقرّ لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضىّ العدة ومات.

القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثا حالة الإقرار (قوله كما إذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بأمرها) أقول : لابد من التأمل فى أن الصورة المذكورة فى الكتاب بقوله : ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر الخ فى أية هذه الصورة يندرج فإنها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم فى عبارة الكتاب والمذكور فى الشرح لما كان المقر له وارثا حال الإقرار (قوله كما إذا أقر لأجنبى فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره) أقول : والإقرار للابن المحروم إذا أسلم أو عتق بعد الإقرار من هذا القبيل عنده على ما يجىء فى كتاب الوصية .

لأنهما متهمان فيه لقيام العدة، وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة فى أقل الأمرين فيثبت .

(فصل)

(ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدّقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه فى يد نفسه إذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه ،

والمذكور فى الكتاب : ثم أقرّ لها وبينهما بون لا يخفى . قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لأنهما) أى الزوجين (متهمان فيه) أى فى هذا الإقرار (لقيام العدة) أشار بهذا إلى أن وضع المسئلة فيما إذا كان موت المقرّ قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز (وباب الإقرار مسدود للوارث، فلعله) أى فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة فى إقراره (ولا تهمة فى أقل الأمرين فيثبت) أى أقل الأمرين . قال علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى : ولو أقرّ لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصّ غرماء الصحة به لأنه أقرّ بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة، ولو أقرّت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج، لأن القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا، والإقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى . وفى الفتاوى الصغرى: المريضة إذا أقرّت باستيفاء مهرها، فإن مات وهى منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها، وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح .

(فصل فى بيان الإقرار بالنسب)

قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثانى، ولا ريب فى أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرد الثانى بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أى مثل ذلك الغلام (لمثله) أى لمثل المقر : يعنى هما فى السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أى للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (أنه ابنه) أى أقرّ أنه ابنه (وصدقه الغلام) أى فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة : أى ثبت نسب الغلام من المقر (وإن كان) المقرّ (مريضا) إلى هنا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليل المسئلة (لأن النسب مما يلزمه خاصة) يعنى أن النسب فى الصورة المذكورة مما يلزم المقرّ خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح إقراره به) وإن كان مريضا لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة هاهنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر) فلا يصح إقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه) أى لأن كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وإنما شرط تصديقه) أى تصديق الغلام (لأنه فى يد نفسه إذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه) وإذا

بطل الإقرار عند أبى يوسف، وجاز عند محمد وهو القياس، لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند. كما إذا أقرّ لشخص فى مرضه ثم صح ثم مرض فمات. ووجه قول أبى يوسف وهو الاستحسان أن الإقرار للوارث باطل لتهمة الإيثار، فإذا وجد سبب الورثة عند الإقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول فى تقرير صفة الوراثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار .

(فصـــل)

(فصـــل ومن أقر بغلام)

بخلاف الصغير على مامر من قبل، ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية (ويشارك الورثة فى الميراث) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير .

كان فى يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه ، كذا ذكر فى التبيين . أقول : ينتقض هذا التعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه ، إذا لايشترط فى لزوم ما أقرّ به هناك تصديق المقر له ، ولكن يرد التعليل باقرار برده على ما تقرر فى صدر كتاب الإقرار مع جريان أن يقال فى ذلك أيضا إن الحق له فينبغى أن لايثبت بدون تصديقه . وقال فى البدائع : لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا يبطل إلا برضاه انتهى . أقول : تضمن الإقرار بالنسب إبطال يد المقرّ له محل المنع فتأمل . وقال فى التسهيل : لما فيه من إلزام حقوق النسب فلا يلزمه إلا بالتزامه انتهى . أقول : هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندى ، إذ لاشك أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الإرث ولزوم النفقة وما أشبههما وفى بعضها مشقة على المقرّ له ؛ ففى الإقرار بالنسب إلزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له إياها حتى لايتضرر ، بخلاف الإقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له ففيه بدّ من التزامه (بخلاف الصغير) الذى لايعبر عن نفسه لأنه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مرّ من قبل) أى فى باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الحوائج الأصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة فى الميراث) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره : أى ويشارك الغلام المقرّ له بالبنوّة سائر الورثة فى ميراث المقر . قال المصنف فى تعليله (لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أى ورثة المقر بالنسب (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد) أى بالشرائط التى مر بيانها كما صرح به فى الكافى ومعراج الدراية وسائر المعتبرات . أقول : لايذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه المسئلة ، إذ لايدل عليها صراحة قوله هاهنا والولد ، فإذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هاهنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع فى مختصر القدورى وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لايخفى ، ولهذا لم يقع كذلك فى الأصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أى ويجوز إقرار الرجل بالزوجة ، ولكن يشترط هاهنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته ، وأن لاتكون تحت المقرّ أختها ولا أربع سواها . نص عليه فى الكافى والشروح (والمولى) أى ويجوز إقراره بالمولى : يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا إذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير ، لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك فى الولاء ، كذا فى الذخيرة وغيرها . قال صاحب النهاية : اعلم أن هذا الذى ذكره هاهنا من صحة إقرار المقرّ بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف ، ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبى وغيرها ، والله تعالى أعلم بصحته ، انتهى كلامه . قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه . قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل

ذكر الإقرار بالنسب فى فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته . ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط : أن يكون يولد مثله لمثله كى لايكون مكذبا فى الظاهر . وأن لايكون الولد ثابت النسب ؛ إذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره . وأن يصدق المقر فى إقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه فى يد نفسه ، بخلاف الصغير الذى لايعبر عن نفسه على مامر فى باب دعوى النسب ، ولا يمتنع الإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت ، وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الإقرار به وما لايجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى : يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان

(قوله لقلته) أقول : هذا وجه التأخير ، وأما وجه ذكره فى فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره (قال المصنف : ويجوز إقرار الرجل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغى أن لايقبل ، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه

(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولايقبل بالولد) لأن فيه تحميل النسب

على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب . ثم قال : قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى . يعنى أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله : والله تعالى أعلم بصحته . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالأم ممنوعة ، فإن من شرائط صحة إقراره بالأم تصديق الأم إياه ، وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لايجوز ولهذا لايقبل إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى ، فإذا لم يجز تصديقها إياه لم يجز إقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانيا فلأن تردد صاحب النهاية فى صحة إقراره بالأم إنما نشأ مما صرّح به فى عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة ، وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ماعرف فى الأصول ، فلما لم يجز إقراره بالأم على مقتضى ما ذكر فى تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور فى الكتاب للجواز فإن الدليل المذكور هو القياس الجلىّ ، وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الإجماع أو القياس الخفى الذى هو الاستحسان ، وبكل واحد منها يترك القياس الجلىّ ، وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلى أيضا فلا أقل من المساواة ، وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لايقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين ، فالمدار فى صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل . واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغى أن لايقبل ، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد ، فإن إقرارها بالولد يصح أيضا إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفى ذلك انتهى . أقول : لانسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة ، بل فيه تحميل أبوّة الزوج أيضا بناء على كونه الأصل فى النسب ، فكأنه أقرّ على نفسه بالانتساب إليه أيضا ، وعن هذا قالوا فى الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالانتساب إليه ، ولم يقل أحد إن فيه تحميل نسب نفسه على الغير ، بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج ، والإقرار الذى فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غيره لا على نفسه ، فكأنه دعوى أو شهادة ، والدعوى المفردة ليست بحجة ، وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة ، كذا فى البدائع وغيره (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ، والأنوثة لاتمنع صحة إقرارها على نفسها ، ويستوى فى صحة الإقرار بالأشياء المذكورة حالة الصحة ، وحالة المرض لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة ، فما لايتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به فى الصحة والمرض سواء ، والنسب والنكاح والولاء لايتعلق به حق الغرماء والورثة ، كذا فى المبسوط (ولا يقبل) أى لايقبل إقرار المرأة (بالولد) وإن صدقها (لأن فيه) أى فى إقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد

إقراره بهؤلاء فى حالة الصحة أو المرض ، لأنه أقرّ بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه ، وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب ، وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف . والمذكور فى المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبى أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة . قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقرّ بما يلزمه الخ . وقال فى المبسوط : وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر : بالأب والزوج ومولى العتاقة والأمر فى ذلك ما ذكرنا ، ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، لأن النسب منه ، قال الله تعالى - ادعوهم لآبائهم - وعليه الإجماع إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد القابلة

وبين إقرارها بالولد ، فإنه يصح أيضا إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفى ذلك فليتأمل (قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول : فيه تأمل ، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم التزوج فإقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه فى القول السابق .

على الغير وهو الزوج لأن النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لأن قول القابلة فى هذا مقبول وقد مر فى الطلاق ، وقد ذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى ، ولا بد من

(على الغير وهو الزوج لأن النسب منه) أى من الزوج ، قال الله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ (إلا أن يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد : يعنى إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد (لأن الحق له) أى للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أى أو إلا أن تشهد قابلة بولادته : أى بتولد ذلك الولد من تلك المرأة . وفى بعض النسخ بولادتها أى بولادتها إياه ففى هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل وترك المفعول ، وفى الأولى عكس الأمر (لأن قول القابلة فى هذا) أى فى هذا الخصوص (مقبول) إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة (وقد مرّ فى الطلاق) أى فى باب ثبوت النسب عند قوله فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) من هذا الكتاب ، وذلك التفصيل هو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة إذا كانت المرأة ذات زوج ، وإن كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند أبى حنيفة رحمه الله . وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها . والأصل فى جنس هذه المسائل أن من أقرّ بنسب يلزمه فى نفسه ولا يحمله على غيره ، فإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق . ومن أقرّ بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق ، كذا فى شرح الأقطع . فإن قلت : لأىّ معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما ، وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم ، وما فائدة ثبوت النسب من الرجل فى الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل إذا أقرّ بالأخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ما سيأتى فى الكتاب ، وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة . قلت : أما الأول فلأن الولد منسوب إلى الأب دون الأم لقوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ وقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ حيث أضاف الولد إلى الأب بلام الملك ولذلك اختص الأب بالنسب . وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الأب فهى صحة إقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه . وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الأربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص : أى أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريرا لصحة إقراره ، حتى أنه إذا أقرّ بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وإن جحد سائر الورثة ذلك ، ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوّته لابنه . وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح إقرار المقرّ به ظهر أنه فى موضعين : أحدهما عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من الحقوق ، حتى أن من أقرّ بأخ وله ورثة سواه يجحدون أخوّته فات المقرّ لا يرث الأخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبى المقر وأمه ، بخلاف من صح إقراره فى حقه كما ذكرناه . والثانى صحة رجوع المقرّ عما أقرّ فى حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء ، فإن من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقرّ يصح ، حتى أنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الأخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب ، بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال ، وباعتبار أن إقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ، ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته ، إلى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للإمام المحبوبى . قال المصنف (ولا بد من

بالولادة ، إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة وقد مر فى الطلاق (قوله وذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) يريد به أن إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت ذات زوج ، وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها (ولا بدّ من

تصديق هؤلاء ، ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقرّ لأن النسب يبقى بعد الموت ، وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق ، وكذا تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه . وعند أبى حنيفة لايصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لايحل له غسلها عندنا ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أوّل الإقرار .

تصديق هؤلاء) أى لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لأنهم فى أيدى أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم ، كذا فى الكافى وغيره ، إلا إذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لايعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار ، ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه ، كذا فى التبيين (ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقرّ) يعنى أن المقرّ له بالنسب إذا صدق فى حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته (لأن النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقرّ له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها . قال تاج الشريعة : ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشترى لأن الإقرار تام فى نفسه والتصديق شرط ، فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشترى ثم مات البائع لايبطل . أما الإيجاب ثمة فليس بتام لأن القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أى وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها فى الإقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لأن حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ، ألا يرى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أى وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها فى الإقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لأن الإرث من أحكامه) أى من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة ، وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبى حنيفة لايصح) تصديق الزوج بعد موتها (لأن النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها (ولهذا لايحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما فى العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبى حنيفة . تقريره : سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لايصح نظرا إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لايحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ، ولكن لم لايصح تصديقه إياها بعد موتها نظرا إلى الإرث الذى هو من حق آثار النكاح أيضا ؟ فقال لايصح التصديق على اعتبار الإرث (لأنه) أى لأن الإرث (معدوم حالة الإقرار) أى حالة إقرار الزوجة بالنكاح (وإنما يثبت) أى الإرث (بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار) قال صاحب العناية : معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلايمكن أن يثبت بالإرث انتهى . أقول : لايخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف هاهنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معدوم فى تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة

تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لاتكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقرّ لأنه مما يبقى بعد الموت ، وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق ، لأن حكم النكاح باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق بعد الزوج موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة ، وهذا عندهما . وقال أبو حنيفة : لايصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أوّل الإقرار ، معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث . ولقائل أن يعارض فيقول : لايصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار ، وإنما تثبت بعد الموت ، والتصديق يستند إلى أول

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول : هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف ، فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة ، فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت فى حال النكاح أيضا ، ولو عينه لأمكن أن يقال : أراد بالعدة مايلازمها من أمثال ماذكرنا مجازا فلا إشكال .

. . . . :

التصديق باعتبار الإرث المعدوم وقتئذ . وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية، فمع كونه مما لايساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد هاهنا . أما أولا فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنه لايمكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث به ، بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث الذى هو من آثار النكاح ، ولا ينافيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق . وأما ثانيا فلأن ذلك ينتقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال : إن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح . وأما ثالثا فلأنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر . وقال صاحب العناية . ولقائل أن يعارض فيقول : لايصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم، ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع ، فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقرّ به ، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه . أقول: جوابه ليس بتامّ لأن العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبى حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمى أو تكون حربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أومستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لاعدة عليها فى هذه الصور عند أبى حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله ، والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبى حنيفة ، فالجواب المزبور لايدفعها على أصله . ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ماذكره صاحب العناية فى هذا المقام : الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الإقرار وفى تلك الحالة لايجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الإقرار صححنا لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شىء وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح ، وأشير إلى هذا فى النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه ، إلى هاهنا كلامه . أقول: نعم أشير إلى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع . قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت إن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لايجدى نفعا إذ الكلام فى المعتدة بالموت، وإن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فممنوع ،بل وجوبها فى المعتده بالموت بعد الموت كما لايخفى وصرح به فى النهاية وغيرها . وقال بعض الفضلاء: هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوّج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت فى حال النكاح أيضا،ولو عينه لأمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال، انتهى كلامه . أقول : ماذكره من مثل حرمة التزوّج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لايخفى على العارف بالفقه، فإذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ماهو متفرع عليها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالإشكال باق . فإن قيل : إذا أقرّ رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والإرث فى مسئلتنا كذلك . قلنا : الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لأنه فى حكم المنفعة ، ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الإقرار بالعبد إقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد ، فأما الإرث فإنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار ، والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ، كذا فى الأسرار والإيضاح وغيرهما

الإقرار ويفسر بما ذكرتم . ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما

قال (ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لايقبل إقراره فى النسب) لأن فيه حمل النسب على الغير (فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرّ له) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لايزاحم الوارث المعروف (وإن لم يكن له وارث استحق المقرّ له ميراثه) لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته ، حتى لو أقرّ فى مرضه بأخ وصدقه المقرّ له ثم أنكر المقرّ وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ، لأن رجوعه

(قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبى (نحو الأخ والعم)ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا فى الكافى (لايقبل إقراره فى النسب) وإن صدقه المقر له بل لابد فيه من البينة كما ذكر فى التحفة وغيرها (لأن فيه) أى فى هذا الإقرار (حمل النسب على الغير) فإن فى الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذ المقرّ له بالأخوة مالم يكن ابن أبى المقرّ لايكون أخا له ، وفى الإقرار بالعم حمل النسب على الجد ، إذ المقر له بالعمومة مالم يكن ابن جد المقر لايكون عما له ، وفى الإقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذ المقرّ له لايكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر ، وفى الإقرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لايكون جدّ المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه (فإن كان له) أى للمقرّ بنحو ماذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الأرحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقرّ بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة (لأنه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقر له(منه) أى من المقر (لايزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية : قوله فإن كان له وارث بالفاء بعد قوله لايقبل إقراره فى النسب وقع فى محزه لأن هذا نتيجة ذلك ، فصورة ذلك أن الرجل إذا أقرّ فى مرضه بأخ له من أبيه وأمه أوبابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ، ولا شىء للمقرّ له لأن النسب لايثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف أنتهى (وإن لم يكن له) أى للمقرّ (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو فى الأول مقرّ على غيره ، وإقراره على غيره غير معتبر إذ لا ولاية له على غيره ، وفى الثانى مقر على نفسه ، وإقراره على نفسه معتبر (لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ، الايرى أن له أن يوصى بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه بإقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وإن لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى فى الإقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية : يعنى الإقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول) يعنى الإقرار بالأخ (وصية لاشتركا) أى الأخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة : أى لكن الإقرار المذكور (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بتأويل الإيصاء ، ولعمرى أن المصنف يفرط فى المساهلة فى أمر التذكير والتأنيث فى كتابه هذا كما ترى، ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا إلى الإقرار بلفظة هذه ، وأرجع هاهنا إلى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقرّ فى مرضه بأخ وصدقه المقرله ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لأحد كان) ماله (لبيت المال لأن رجوعه) أى رجوع المقر المزبور

باعتبارهما ، فكذا المقرّ به . وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره . قال (ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقرّ بأخ أو عم لم يقبل فى النسب لأن فيه حمله على الغير . وأما فى الإرث ؛ فإما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الأرحام أو لايكون ، فإن كان فهو أولى بالميراث من

صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره . قال (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الإرث) لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ، والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى إذا أقرّ على البائع بالعتق لم يقبل إقراره حتى لايرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل فى حق العتق

(صحيح) يعنى أن إنكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره) وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك . وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الإرث) أى يشارك المقرّ له بالأخوّة المقر فى الإرث من أبيه ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم . وقال الشافعى : لايشاركه فى الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكى ذلك عن ابن سيرين . قال المصنف فى تعليل المشاركة (لأن إقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أى للمقر (عليه) أى على الغير فلا يثبت (و) الثانى (الاشتراك فى المال وله فيه ولاية) لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى إذا أقر على البائع بالعتق) أى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل إقراره) فى حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لايرجع عليه بالثمن) لكونه إقرارا على الغير فى حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) إقراره (فى حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقرارا على نفسه فى حق ذلك . واعلم أنه إذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا . وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه مايخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقرّ بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقرّ نصف ما فى يده عندنا وعندهما ثلث ما فى يده ، لأن المقرّ قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فينفذ إقراره فى حصته وبطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه فبطل إقراره فيه . ونحن نقول : إن فى زعم المقرّ أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما فى يده كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية ، ولو أقرّ بأخت تأخذ ثلث ما فى يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه ، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ، و لو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ، ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعى ما فى يده عندنا . وعند مالك وابن أبى ليلى لهما ثمن ما فى يده لأن فى زعم المقرّ أن للمرأة ثمن ما فى يدى الابنين ، إلا أن إقراره صح فيما بيد نفسه ولا يصح فى حق صاحبه ، وإذا صح فى حق نفسه يعطيها ثمن ما فى يده ، ونحن نقول : إن فى زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم ، فلما أخذ أخوه أكثر من حقه فى زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذى فى يد المقر بينه وبينها

المقرّ له ، هذا لأنه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن استحق المقر له ميراثه ، لأنه أقر بشيئين : بالنسب وباستحقاق ماله بعده ، والأول إقرار على غيره وهو غير مسموع ، والثانى على نفسه وهو مسموع لأن له التصرف فى مال نفسه عند عدم الغريم والوارث ، حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له ، وبقية كلامه لاتحتاج إلى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبنى على ما ذكرناه أن الإقرار على نفسه صحيح (فيشاركه فى الإرث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبى حنيفة ، وإن كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقرّ له يشارك المقرّ فى الإرث بناء على مامر من الأصل (لأن إقراره تضمن شيئين : حمل النسب على الغير والاشتراك فى ماله ، ولا ولاية فى الأول فلم يثبت ، وله ذلك فى الثانى فيثبت) قال أبو حنيفة : إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقرّ نصف ما فى يده . وقال ابن أبى ليلى : يعطيه ثلث ما فى يده لأن المقرّ أقرّ له بثلث شائع فى النصفين فنفذ فى حصته وبطل فى حصة الآخر . ولأبى حنيفة

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشيء للمقرّ وللآخر خمسون) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا ، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ،

على قدر حقهما ويجعل مايحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم ، كذا فى التبيين والبدائع والإيضاح . ثم اعلم أنه لايثبت النسب فى حق الميراث بإقرار وارث واحد وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة . وقال أبو يوسف والحسن والشافعى : كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وإن كان واحدا ، والأول أصح اعتبارا للإقرار بالشهادة ، كذا ذكره الزاهدى فى شرح مختصر القدورى نقلا عن شرح الأقطع . وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بنحو الأخوّة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة ، بخلاف ما إذا كان اثنين فصاعدا لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين فى النسب مقبولة (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أى وللميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أى أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أى من المائة (خمسين) درهما (لاشيء للمقر) أى لاشيء من المائة للابن المقرّ (وللآخر) أى وللابن الآخر (خمسون) منها يعنى كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لأن هذا) أى لأن إقرار أحد الابنين بما ذكر (إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء) أى استيفاء الدين (إنما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فإذا كذبه) أى كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أى نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازا عن قول ابن أبى ليلى ، فإن هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر ، وعند ابن أبى ليلى يشيع فى النصيبين ، كذا فى أكثر الشروح . وقال فى الكفاية خلافا للشافعى . فعنده يشيع فى النصيبين . وقال فى معراج الدراية : وبما هو المذهب عندنا قال الشافعى فى قول . وقال الشافعى فى قول وأحمد : يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك ، وبه قال النخعى والحسن وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى . قال صاحب العناية : وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهى لاتجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى . أقول : الجواب المزبور ليس بشاف ، لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر ، وزعم المقر إنما يؤثر فى حق نفسه لا فى حق الغير فيكفى فى المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر ، فإن قسمة الدين قبل القبض لاتجوز بالنظر إلى كل أحد . فالأظهر عندى فى الجواب أن يقال : قسمة الدين قبل القبض إنما لاتجوز فى القسمة الحقيقية ، وأما فى القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ، ويؤيده ما صرحوا به فى فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لاتجوز قصدا لا ضمنا فتأمل . قال المصنف (غاية الأمر أنهما) أى الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أى على كون

أن زعم المقرّ أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك ويكون الباقى بينهما بالسوية . قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ، ثم يحلف الأخ بالله مايعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم ، لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على مامر أن الديون تقضى بأمثالها ، وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة ، فإن أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبى ليلى كما ذكرنا آنفا . وعورض بأن صرف إقراره إلى

(قوله على مامر) أقول : فى أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول : أى نصيب المقر .

لكن المقر لو رجع على القابض بشىء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقرّ فيؤدى إلى الدَّور .

الخمسين الباقى على الغريم الذى يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر ، هذا جواب سؤال مقدر . تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما ، فما هلك يهلك مشتركا وما بقى يبقى مشتركا بينهما ، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك فى شىء من أجزائه ، والابن المقرّ وإن زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك فهما متصادقان فى الاشتراك فى الباقى المقبوض ، فينبغى أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه . فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشىء لعدم الفائدة ، إذ (لو رجع على القابض بشىء لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا (على المقرّ) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث (فيؤدى إلى الدَّور) ولا فائدة فيه ، وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هاهنا بوجه آخر حيث قال . فإن قيل : زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن فى زعمه أن المقبوض على التركة كما فى زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقرّ خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما . أجاب بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقرّ لو رجع : يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يودى إلى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى . أقول : كل واحد من تقريرى السؤال والجواب على الوجه الذى ذكره مختل . أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر ، وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لامساس له بكلام المصنف هاهنا ، لأنه قال : غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، ولا شك أن التصادق ينافى التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك . والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا فى أثناء تقرير السؤال ، وفرّع على تعارض زعميهما حيث قال : فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر . ولا يخفى أن فى نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا . وأما تقرير الجواب فلأن المفهوم من قوله يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يودى إلى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن

نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهى لاتجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة . فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن فى زعمه أن المقبوض على التركة كما فى زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقرّ به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما ؟ أجاب بقوله : غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، لكن المقر لو رجع : يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى إلى عدم الفائدة بلزوم الدور ، وذلك لأنه لو رجع المقرّ على القابض بشىء لرجع القابض على الغريم لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض فى هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدى إلى الدور . ولقائل أن يقول : إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه فى إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشىء لأن المظلوم لايظلم غيره . والجواب أن المظلوم لايظلم غيره ، ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه ، والله أعلم .

(قوله ولقائل أن يقول ، إلى قوله : فى إقراره ظالم) أقول ، فيه شىء ، فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لأن المظلوم لايظلم غيره) أقول : الغريم لم يوف تمام ما عليه فلا يكون مظلوما إذا رجع عليه فى زعمه ، وهذا هو مراد الشارح .

(كتاب الصلح)

ازوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر، وليس كذلك بل لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر، لأن رجوع الغريم على المقر بالآخرة إنما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين، وإنما بقى عليه الخمسون المقبوض. وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدو ر تأمل تقف. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه فى إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره. والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره، ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى. أقول: فى الجواب نظر، لأن الخمسين الذى قبضه المنكر من الغريم أوّلا إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو فى رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه، إذ ليس حقه فى المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه، وإن لم يكن المقبوض أوّلا بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما، وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى. فالحق فى الجواب أن يقال: لا نسلم أنه إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان فى زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم. كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أوّلا مشتركا بينهما كما تقرر. نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه فى المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين.

(كتاب الصلح)

قد مرّ مناسبة الصلح بالإقرار فى أول كتاب الإقرار. والصلح فى اللغة: اسم للمصالحة التى هى المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتى. وفى الشريعة: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة.

(كتاب الصلح)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الإقرار فلا نعيده، وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة. وفى اصطلاح الفقهاء: عقد وضع لرفع المناصبة. وسببه: تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه فى التقرير. وشرطه: كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتى تفصيل له. وركنه: الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع مالم يقل الطالب قبلت. وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا. ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له فى غيره إن كان مقرا، وإن كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أولا. وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور فى الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(كتاب الصلح)

. . . .

وسببه : تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما فى سائر المعاملات . وركنه : الإيجاب والقبول ، كذا ذكر فى البدائع والكافى وكثير من الشروح . قال صاحب العناية أخذا من النهاية : وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لايتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه سيأتى فى الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات ، وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجارات ، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة . فإذا تقررت هذه الضابطة ، فلو وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو إنكار وجب أن لايتم الصلح بقول المدعى قبلت ، لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو فى حق المدعى . وأما فى حق المدعى عليه فإنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلابد من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة . وأما ثانيا فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى كان الصلح صحيحا على ماسيجىء فى الكتاب فينبغى أن يتم هناك أيضا بقول المدعى قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطا لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما ثالثا فلأن قوله لأنه طلب البيع من غيره الخ فى تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعى وهو ركنية الإيجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا ، فإن طلب البيع من غيره لايتمشى فى كل صورة من الصور الثلاث المندرجة فى الضابطة المذكورة للصلح ، بل إنما يتمشى فى صورة واحدة منها وهى ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالا بمال فتأمل . وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض . ولأنواعه شروط أخر سيأتى تفصيلها فى الكتاب . وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى ، كذا فى الكافى وبعض الشروح . قال فى العناية أخذا من النهاية : وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ، ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له فى غيره إن كان مقرا ، وإن كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أولا انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن المصالح عليه أيضا قد يكون مما لايحتمل التمليك كترك الدعوى ؛ فإنهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى فإنه جائز فجعل حكم الصلح فى جانب المصالح عنه قسمين : تملك المدعى عليه إياه ، و براءته عن دعوى المدعى . وفى جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى إياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله فى الجانبين معا مما لايخلو عن تحكم ، فإن نوقش فى المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى فى ذلك أمر ظاهرى مبنى على المسامحة ، وإنما المصالح عليه حقيقة فى ذلك ما ادّعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فإنه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى ذى اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لايحتمل التمليك قطعا . قلنا : فماذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين ، إذ لاشك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لايحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لايحتمله فلا يتصوّر فى هذه الصور تملك المدعى المصالح عليه ، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر . بقى هاهنا كلام آخر : وهو أنه إذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذى اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتى فى الشروح . وأصل المسئلة فى الفصل السابع من فصول الاستروشنى مع أنه يملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض

. . . .

قال (الصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار . وصلح مع سكوت ، وهو أن لايقرّ المدعى عايه ولا ينكر وصالح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى ـ والصلح خير ـ ولقوله عايه الصلاة والسلام :

ماذكر من حكم الصلح فى أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية : الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لايخلو عن النفى والإثبات . لايقال : قد يتكلم بما لايتصل بمحل النزاع ، لأنه سقط بقولنا مجيبا انتهى . أقول : يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثانى وهو قوله وهو لايخلو عن النفى والإثبات ، ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا ، إذ تخرج صورة التكلم بما لايتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضرورى . ويمكن أن يقال : المراد بالسكوت فى قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا ، فتدخل الصورة المزبورة فى القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، وتفسير السكوت فى الكتاب بقوله وهو أن لايقرّ المدعى عليه ولا ينكر لايخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت ، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر فى الكتاب بل هو ألايتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لإطلاق الخ) تسامح المصنف هاهنا فى التعبير حيث قال لإطلاق قوله تعالى ـ والصلح خير ـ مع أنه لايذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك فى الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله إلا أنهم كثيرا ما يتسامحون فى العبارة فى أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما فى تعريفهم العلم بحصول صورة الشىء فى العقل مع أنه فى الحقيقة هو الصورة الحاصلة فى العقل على ما حققه الفاضل الشريف فى بعض تصانيفه . قال بعض الفضلاء فى حلّ قول المصنف لإطلاق قوله تعالى : أى لقوله المطلق ، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، أما أوّلا فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ماهو المذهب المختار المقرر فى كتب النحو ، حتى أنهم أوّلوا مثل : جرد قطيفة ، وأخلاق ثياب

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لايخلوعن النفى والإثبات . لايقال : قد يتكلم بما لايتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى ـ والصلح خير ـ) فإنه بإطلاقه يتناولها ، فإن منع الإطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى « فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير ـ فكان للعهد . أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبأنه ذكر للتعليل : أى لاجناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاما ، ولأنه وقع قوله تعالى ـ أن يصالحا ـ فى سياق الشرط فكان مستقبلا ، وقوله تعالى ـ والصلح خير ـ كان فى الحال فلم يكن إياه بل جنسه . فإن قيل : سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لايجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار . أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق فى بعض المواضع لمانع لايستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله

(قوله لأنه سقط بقولنا مجيبا) أقول : فيه بحث ، إذ لايكون الحصر حينئذ ضروريا (قال المصنف : لإطلاق قوله تعالى ـ والصلح خير) أقول : أى لقوله المطلق ، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف ، وتمام الآية ـ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير ـ (قوله أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول : أنت خبير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام للعهد ، فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول : فيه بحث ، لأنه لوكان تعليلا لأبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان فى الحال) أقول : إن أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن فى الحال فسلم ، ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالى ، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن فى الحال : يعنى حقيقة الصلح وجنسه كما فى قولهم : الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فأنكرت لايجوز) أقول : بل يجوز كما سيجىء عن قريب .

«كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا»

بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف هاهنا على ذلك . وأما ثانيا فلأن الصفة فى «القوله المطلق» هو المطلق لا الإطلاق ، والكلام فى توجيه إطلاق قوله فلا يجدى حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير إلى المسامحة كما ذكرنا. وقال صاحب العناية : فإن منع الإطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير ـ فكان للعهد . أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبأنه ذكر للتعليل : أى لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاما ، ولأنه وقع قوله تعالى ـ أن يصالحا فى سياق الشرط فكان مستقبلا ، وقوله تعالى ـ والصلح خير ـ كان فى الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى . أقول : إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين . أما الأول فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدى شيئا فى دفع السؤال المذكور ، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام فى قوله تعالى ـ والصلح خير ـ على العهد ، فإنه حينئذ يصير خاصا ، وإنما يجدى نفعا لو سلم عموم اللفظ فى نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب . وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله ـ والصلح خير ـ كان فى الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان فى الحال : أى فى حال ورود الآية الكريمة فسلم ، لكن هذا لا ينافى أن يكون تحقق مدلوله فى الاستقبال ، ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذى يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كائن فى الحال . وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون فى المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه ، وإن أراد بذلك أن الصلح الذى أخبر بأنه خير كان فى الحال فهو ممنوع . فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثانى وهو المذكور فى الكافى وفى سائر الشروح أخذا من الأسرار . ووجه كون الصلح عاما فى قوله تعالى ـ والصلح خير ـ على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذى علل فيه ، بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها ، كذا قالوا ، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول . وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه قيل : فإن هذا صلح والصلح خير ، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف فى الميزان . واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال : فيه بحث ، لأنه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، لأن ذاك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك ، بل هو تعليل من حيث المعنى ، وعن هذا قالوا : إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لأن الصلح خير . وقال فى غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال : صلّ والصلاة خير ، على أن قوله تعالى ـ والصلح خير ـ بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر ، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلا تدبر . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : سلمناه يعنى الإطلاق فى قوله تعالى ـ والصلح خير ـ ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار . أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى. أقول : يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز أنه خبط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر فى عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتى وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه فى معنى الخلع . ثم أقول : توجيهه أن لعدم الجواز رواية فى هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها ، والسؤال المزبور مما أورده الشافعية فهم أخذوا فى هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم . والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز فى تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ، فصاحب العناية : اكتفى بالثانى ولم يتعرض للمنع ، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال فى الجواب هاهنا : على أنا نمنع عدم جواز

عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا »

وقال الشافعي : لايجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر ، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة . ولنا ماتلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرّم حلالا لعينه كالصلح على أن لايطأ الضرة ،

الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالحت على مال لأنه يجوز ، وبه صرح القدوري في مختصره ، وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى . وقال في ذلك الفصل : وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ماذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك ، فعلى هذا لايرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الإنكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت فصالحت على مال لايجوز ، ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف . فالجواب عنه مامر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي : لايجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا الخ) قلت : كان الأظهر أن يقال لآخر ما روينا لا أن أوّله حجة عليه لا له (قوله ولنا ماتلونا وأول ما روينا الخ) كرر ذكرهما تأكيدا وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ ، وإلا لكفى هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما . أقول : بقي هاهنا إشكال في قوله وأول ما روينا ، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره ، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله . وقد تقرّر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه ، فلا يكون لأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره ، بل لايتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه . ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحلّ حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما روينا . فحاصل الكلام أن لنا أول ماروينا مع تأويل آخره ، فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ، ولكن الإنصاف أن لفظة أوّل هاهنا مع كونها زائدة لافائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضرّ بالمقام كما نبهنا عليه ، فالأولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحلّ حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لايطأ الضرة) وحمله على هذا أحق ؛ لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه ، والحلال

وقال الشافعي (لايجوز مع إنكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ماتلونا) من قوله تعالى ـ والصلح خير ـ (وأول ما روينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين » (وتأويل آخره أحلّ حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لايطأ الضرة) أو أن لايتسرى والحمل على ذلك واجب ، لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لايكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا

(قوله ولنا ماتلونا من قوله تعالى ـ والصلح خير ـ وأول ماروينا) أقول : وهاهنا تكرار ، وكان الأولى أن لايذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لايلزم ذلك (قال المصنف : وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول : وحمله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ماهو حرام لعينه ، والحلال المطلق ماهو حلال لعينه ، كذا في الكافي . ثم قال : وما ذكره غير محتمل ، إذ الصلح مع الإقرار لايخلو عن ذلك ، فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح ، أو كان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول : يعني لكان كالصلح على غير الإقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لايكون إلا على بعض الحق) أقول : هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لايجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء

ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

المطلق ماهو حلال لعينه ، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لايخلو عن ذلك ، فإن الصلح يقع على بعض الحق فى العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح ، كذا فى الكافى . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا ، وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره . لأن الصلح فى العادة لايكون إلا على بعض الحق ،فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده ، فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى . أقول : فى تقريره خلل ، إذ لامعنى لقوله لأنه لو حمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره ، لأن الكلام فى حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا فى حمله على الصلح على الإقرار خاصة ، إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره فى الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ، ولا فرق بينهما فى عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على مايعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا ، فمدار التأويل والحمل فى آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح . فالحق فى التقرير أن يقال : لأنه لوحمل على مايعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره فى الاشتمال على إحلال الحرام وتحريم الحلال . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح فى العادة لايكون إلا على بعض الحق بأن قال : هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه فى العين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لايجوز الصلح على بعض الحق فى العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقى كما سيجىء انتهى . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، إذ لايلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق فى العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقى عدم جوازه على بعض الحق فى العين أصلا ، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق فى العين مشروطا بالإبراء عن دعوى الباقى ، على أنه ليس كذلك أيضا ، إذ لجواز الصلح على بعض الحق فى العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما فى بدل الصلح ، وسيأتى كلا الطريقين فى الكتاب ، وعلى كليهما يجرى قوله لأن الصلح فى العادة لايكون إلا على بعض الحق فى العين أيضا (قوله ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه ، إلى قوله : ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلى على ماذهب إليه أئمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلى للشافعى مذكور فيما قبل ، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع

أو حراما لعينه (ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة) لكان كالصلح مع الإقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، لأن المانع إما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شىء منهما بموجود . أما الثانى (فلأن المدعى يأخذه فى زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع ، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا أيضا مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لايقال : لانسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله الراشى والمرتشى » وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع ، كما إذا دفع الرشوة حتى لخرج الوالى أحد الورثة عن الإرث . وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع ، وتمامه فى أحكام القرآن للرازى . فإن قيل : فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض

عن دعوى الباقى كما سيجىء (قوله لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الخ) أقول : فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ ، وما الدليل على أنه محمول على ماذكره غير مجرى على عمومه .

قال (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات إن وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجرى فيه الشفعة إذا كان عقارا ، ويرد بالعيب ، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ، ويفسده جهالة البدل) لأنها هى المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات) لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها

المال لقطع الخصومة ، وهذا رشوة . قال الشراح : لا يقال لانسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم ، لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم « لعن الله الراشى والمرتشى » عام . لأنا نقول : هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض فى أمر غير مشروع ، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الإرث ، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه : إن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى . أقول : الدليل عليه ما ورد من النصوص فى أن الضرورات تبيح المحظورات ، منها قوله تعالى ـ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ـ ولا شك أن فى دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات إن وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدورى فى مختصره ، ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها أنه على أى عقد يحمل . أقول : ليست هذه الضابطة بتامة ، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا ، فإن كل ذلك جائز على ماصرحوا به فى أول الفصل الآتى مع أنه لم يذكر فى هذه الضابطة وإن كان فى معنى عقد الإجارة ، وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح ، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا أيضا كما سيأتى فى الكتاب ، مع أنه ليس بمذكور أيضا فى هاتيك الضابطة ، وليس فى معنى عقد البيع ولا فى معنى عقد الإجارة بل هو

ينبغى أن يجوز لأن هذا الصلح فى زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ، ومع هذا لايجوز . أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى ، إذ فى زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه فى المجلس . قال (فإن وقع الصلح عن إقرار الخ) إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فى حق المتعاقدين فتجرى فيه الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ، ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضى إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره . وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه : إما أن يكون معلوم على معلوم ، وهو جائز لامحالة . وإما أن يكون عن مجهول على مجهول ، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز ، وإن احتيج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز . وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه إلى التسليم ، كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه إلى المدعى ما ادعاه وهو لايجوز ، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز . وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لايجوز ، وإن لم يحتج إليه جاز . والأصل فى ذلك كله أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هى المفسدة ، فما لايجب فيه التسليم والتسلم جاز ، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه فى معنى البيع (وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح ، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز ،

فيشترط التوقيت فيها ويبطل ، الصلح بموت أحدهما فى المدة لأنه إجارة (والصلح عن السكوت والإنكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الإقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا فى الإنكار ظاهر ، وكذا فى السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك . قال (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لايلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه . قال (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لأن المدعى عليه مابذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لاخصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ،

فى معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط ، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون فى معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون فى معنى الخلع ، وليس شىء منهما بداخل أيضا فى الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد . لايقال : يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر فى الفصل الآتى عن قريب . لأنا نقول : قد ذكرهناك ماذكره هاهنا أيضا بأن قال : والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر . ثم إن كون الصلح عن إقرار فى معنى البيع إذا وقع عن مال بمال إنما هو فيما إذا وقع على خلاف جنس المدعى ، وأما فيما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا ، صرح به فى التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والإنكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه . أقول : هاهنا كلام

وإن قال أبدا أو حتى يموت لايجوز ، فإن الاعتبار فى العقود للمعانى كالهبة بشرط العوض فإنها بيع معنى ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة) كالإجارة (وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) أن المدعى يأخذه عوضا فى زعمه . فإن قيل : العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها ؟ أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الإقالة) فإنها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث ، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل فى حق امرأته والتحريم المؤبد فى حق أمها (وهذا) أى كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (فى الإنكار ظاهر ، وأما فى السكوت فلأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك) مع أن حمله على الإنكار أولى ، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل . قال (وإذا صالح عن دار الخ) إذا صالح عن دار عن إنكار أو سكوت لاتجب فيها الشفعة لأنه يأخذها : أى المدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه ، والمرء يؤاخذ بما فى زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما إذا كان على دار) لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه ، فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض)

(قوله لأنه يأخذها ، إلى قوله : ويدفع المال) أقول : قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها .

وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ، وإن استحق بعضه رجع بحصته . وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى فى كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين . قال (وإن ادّعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يردّ شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شىء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه فى البيوع .ولو ادّعى دارا فصالحه على

وهو أن كون الصلح عن السكوت والإنكار فى حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع ، فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى إلى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ماصرحوا به مع أنه فى حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة ، لأن فى زعم المدعى أن العين الذى ادعاه حقه ، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو

لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع ذلك ، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه وردّ العوض، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لاخصومة له فيبقى فى يد غيره مشتمل على غرض المدعى عليه فيستردّه ، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدّى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يستردّه لعدم اشتماله على غرضه . ونوقض بما إذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذى اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فإنه لايرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال فى يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة . وأجيب بأن المدعى عليه مضطر فى دفع مادفع لقطع الخصومة ، فإذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع ، وأما المدعى فهو فى خيرة فى دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يستردّه ، وإن استحق بعض المصالح عنه ردّ المدعى حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه : أى فى أصل الدعوى ، أما رجوعه عليه فلأنه قام مقام المدعى عليه فى كون البعض المستحق فى يده ، وأما ردّ الحصة فلخلوّ العوض فى هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه فى الصلح عن إقرار رجع بكل المصالح عنه) لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما فى البيع (وإن استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى) هذا إذا لم يجر لفظ البيع فى الصلح ، أما إذا كان أجرى كما إذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فإن المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى ، لأن إقدام المدعى عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدعى ، إذ الإنسان لايشترى ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعى (فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين) أى فصل الإقرار والإنكار ، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى . قال (وإن ادعى حقا فى دار الخ)هذه المسئلة قد تقدمت فى باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على

(قوله فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول : يعنى يبقى العرض فى يد المدعى (قوله فلا يستردّه) أقول : أى بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحقت فإن المدعى يرجع) أقول :صوابه ثم استحق إذ الضمير المستتر فيه راجع إلى العبد .

قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى . والوجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى ، أويلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى .

فى حق المدعى فى تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) قال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف صورة البراءة ؟ قلت : هى أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواى فى هذه الدار فهذا جائز ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لاتقبل . أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار فهذا وأمثاله باطل ، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك . وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك ، فإن فى قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لامن الدعوى ، وعن هذا قالوا إن عبدا فى يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه ، كذا فى الذخيرة إلى هاهنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف ، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى يدل على صحة البراءة من العين ، وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى فى العين بدون الحيلة فى تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين ، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الباقى كما فى الصلح على بعض المدعى فى الدين . فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعواى فى هذه الدار . وأما ثانيا فلأن قوله فإن فى قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لامن الدعوى إنما يتمشى فى قوله أبرأتك عن هذه الدار لا فى قوله أبرأتك عن خصومتى لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى ، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا فى عبد فى يد رجل فإن المذكور هناك فى جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لاغير ، تبصر .

قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه فى الباقى (وتقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقى ، والإبراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء . وذكر شيخ الإسلام أنه لاتسمع دعواه ، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية . ووجهه أن الإبراء لاقى عينا ودعوى ، والإبراء عن الدعوى صحيح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ، ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع . وقيد بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعا ، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ، ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عينا أو منفعة . قال المصنف (والوجه فيه) أى الحيلة فى تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها (أحد أمرين أن يزيد درهما فى بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) مثل أن يقول برئت من دعواى فى هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل . وفى ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعواى أو خصومتى فى هذه الدار كان باطلا وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك . والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لامن الدعوى ، وقوله برئت براءة من الدعوى ، كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة . ونقل بعض الشارحين عن الواقعات فى تعليل هذه المسئلة لأن قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره فى ذلك ، بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا . ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة : وله أن يخاصم فيها بعد ذلك ، معناه على غير المخاطب وهو ظاهر ، والله أعلم .

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول : الناقل هو الإتقانى عن الواقعات الحسامية .

(فصل)

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه فى معنى البيع على ما مر . قال (والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح ،

(فصــل)

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع فى بيان مايجوز عنه الصلح وما لايجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لأنه فى معنى البيع على ما مر أقول :هاهنا شىء وهو أن قول القدورى والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال و الصلح عن مال بمنفعة ، فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه فى معنى البيع على مامر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس فى معنى البيع بل هو فى معنى الإجارة كما صرح به فيما مر ، وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لايندرج ماكان عن مال بمنفعة فى هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع مايجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة . لايقال : إنما ترك ذلك النوع فى هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر . لأنا نقول : ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الأموال وعن دعوى المنافع ، وهومن تمام لفظ القدورى . قال المصنف فى تعليله (لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى

(فصــل)

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. قال (والصلح جائز عن دعوى الأموال) الأصل فى هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذاكان عن مال بمال كان فى معنى البيع كما مر . وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شىء كان فى معنى الإجارة ،لأن المنافع تملك بعقد

(فصل والصلح جائز)

(قال المصنف : والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه فى معنى البيع) أقول : يعنى إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمعنى الإجارة (قال المصنف : قال : والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول : قال العلامة الإتقانى : قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى : وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، والقياس أن لايجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير ، والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ، ولهذا لو آجر منهم لايصح ، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ، ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الإسقاط ، فإن لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه إسقاطا فصححناه إسقاطا ، وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ، ولهذا جاز على خدمة عبد آخر ، فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لأن بيع الخدمة بالخدمة لايجوز ، وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لأنه تصرف نافع فى حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ماقبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه فى منفعته مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى . قال العلامة النسفى فى الكافى : والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شىء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى . وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابى والكافى من المخالفة ، ولعل فى جواز الإجارة روايتين فليتأمل . ثم اعلم أن ظاهر ماذكره الإتقانى من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر فى الهداية كما لايخفى . وفى مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسى : ولو أن

. . . .

فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الصلح فى الوصايا حيث قال : وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ، ولهذا لو آجر منهم لا يصح ، إلا أنا نقول : لأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل ، بل هو إسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ، ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الإسقاط ، فإن لم يكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه إسقاطا فصححناه إسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ، إلى هنا كلامه . فإن الموصى له إذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح . ثم أقول : يمكن أن يقال : إن الموصى له وإن لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تمليكها حكما من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل ، وقد أشار إليه الإمام الإسبيجابى بقوله : وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم ، فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا آجر ملكه ، فكذا يملك حكما بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها ، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامى الشيخين. قال الإمام النسفى فى الكافى : الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من ربّ الدار فجحده أو أقرّ به فصالحه الوارث على شىء جاز ، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا : ونقل ماذكره الإمام الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على ما مرّ ، وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابى والكافى من المخالفة ، ولعل فى جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى . أقول : المخالفة بينهما فى الفهم لا فى المفهم ، لأن مراد صاحب الكافى هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا آجر ملكه ، فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا ، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة . هى سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالإجارة ، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة . ثم أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن ماذكره الإمام الإسبيجابى فى شرح الكافى من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغنى من أنه إذا أوصى الرجل لرجل

الإجارة فكذا بالصلح ، وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطإ صح . أما الأول فلقوله تعالى ـ فمن عفى له من أخيه شىء ـ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما والحسن والضحاك : فمن أعطى له فى سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع : أى فلولى القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف : أى على مجاملة وحسن معاملة وأداء : أى وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولى القتيل بإحسان فى الأداء ، وهذا ظاهر فى الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد . وأما المعنى الآخر وهو مروىّ عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شىء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف : أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف : أى بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان : أى وليؤدّ القاتل إلى غير العافى حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا ، فلهذا قال ابن

الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ماذكرنا لم يجز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال ، والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة ، فكذلك لا يملك تمليكه من الوارث ، بخلاف لفظ الصلح ؛ ألا يرى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعى على شىء لم يصر به مقرا حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى ، ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى (قوله فمن أعطى له الخ) أقول : من حينئذ كناية عن الولى (قوله فمن عفى عنه) أقول : فيكون له بمعنى عنه

والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن .
قال (ويصح عن جناية العمد والخطإ) أما الأول فلقوله تعالى ـ فمن عفى له من أخيه الشيء فاتباع ـ الآية .
قال ابن عباس رضى الله عنهما : إنها نزلت فى الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح ، حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم . ولو صالح على خمر لايجب شيء لأنه لايجب بمطلق العفو .

بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز ، وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا ، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا ولبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر فى كثير من الكتب المعتبرة ، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوّز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر ، والمصرح به فى كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة . قال فى البدائع : فإن كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع ، وإن كانتا من جنس واحد لايجوز عندنا ، وموضع المسئلة كتاب الإجارات ، وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به الإجارات ويفسد بما يفسد به انتهى . وقال فى التبيين : إنما يجوز عن المنافع على المنفعة إذا كانتا مختلفتى الجنس ، وإن كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز ، لأنه لايجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح . وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول : لقائل أن يقول : قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به ، فإمكان حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال)

عباس إنها نزلت فى الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه فى معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، ومن حيث أن كل واحد منهما لايحتمل الفسخ بالتراضى ، وإذا كان فى معناه فما صلح أن يكون مسمى فى النكاح صلح هاهنا ، فلو صالحه على سكنى دار أوخدمة عبد سنة جاز ، لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقا ، فكذا بدلا فى الصلح وإن صالح على ذلك أبدا لم يجز لأنه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هوملتزم ، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقا ، وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوّما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر ، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن : أى لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ماليس بمال متقوم فرق بينهما ، فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولىّ ما رضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية فى مال القاتل لأن بدل الصلح لاتتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثانى كما لو صالح على خمر فإنه لايجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالامتقوّما صار ذكره والسكوت عنه سيين ، ولو سكت لبقى العفو

(قوله ولا يتوهم ، إلى قوله : وإن لم يصلح صداقا) أقول : لكن قال فى المحيط : إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهوجائز ، والأصل فى جنس هذه المسائل أن ماصلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهرا فى النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط ، فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى . والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل ، فإن فيه

وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لأنه الموجب الأصلى، ويجب مع السكوت عنه حكما، ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس وما دونها ، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لايصح لأنه حق التملك ، ولا حق فى المحل قبل التملك . أما القصاص فملك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه. وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لايجب المال بالصلح عنه ، غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ماعرف فى موضعه .

قال الشراح فى شرح قوله إن ماصلح مسمى فيه صلح هاهنا . ولا ينعكس هذا : أى لايقال كل مايصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح ، فإن هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح مادون العشرة صداقا ، ولأنه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز ، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم . أقول : هنا إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح فى جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لايصح قول المصنف ، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جناية العمد فى صورة أن صالح من صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لايخفى . وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا ، فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا فى الصلح ، ولو صالحه على ذلك أبدا

مطلقا ، وفيه لايجب شىء فكذا فى ذكر الخمر (وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين) أى فى فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لأنه الموجب الأصلى) فى النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى ـ قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم ـ وموضعه أصول الفقه . وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال ، فإذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهرا ، ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا هاهنا . وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال ، فإنه لو عفا بلا تسمية شىء لم يجب شىء ، وفيه نظر لأن العفو لايسمى صلحا . والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جناية العمد (الجناية فى النفس وما دونها وهذا) أى الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لايصح لأن حق الشفعة حق أن يتملك ، وذلك ليس بحق فى المحل قبل التملك) فأخذ البدل أخذ مال فى مقابلة ماليس بشىء ثابت فى المحل وذلك رشوة حرام . أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له فى المحل فكان صحيحا (وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين ، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لايصح لأن حصته مجهولة لكن لاتبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعنى إذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شىء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لايصح الصلح (ولا يجب المال ، غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبى حفص ، وبه يفتى لأن السقوط لايتوقف على العوض ، وإذا سقطت لاتعود. وفى الصلح من رواية أبى سليمان لاتبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه ، فإذا رضى

مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية (قوله والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق) أقول : فيه نوع مصادرة

وأما الثانى وهوجناية الخطإ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ، إلا أنه لاتصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوّم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية، أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لايكون افتراقا عن دين بدين . ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين .

أو على ما فى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لأنه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح انتهى . أقول : فيه بحث لأن تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح ينافى قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملتزم ، فإن صحة التعليل بما ذكروا يبتنى على لزوم العكس والتزامه . فالصواب تعليل عدم جواز الصلح فى تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرّض لئلا يصلح صداقا فإن جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه إلى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر . وقال بعض الفضلاء فى حاشيته عن قول صاحب العناية : ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم ، لكن قال فى المحيط : إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز ، والأصل فى جنس شرع المسائل أن ماصلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهرا فى النكاح ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى . والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إذ لافساد فى التسمية فيما قاله صاحب المحيط ، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس فى الوصيف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا فى النكاح وهذا أمر لاسترة به (قوله وأما الثانى وهو جناية الخطإ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول : فيه شىء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه

أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا (وأما الثانى وهو جناية الخطإ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا ، والأول إما أن يكون منفردا أو منضما إلى الصلح عن العمد ، فإن كان منفردا وهو المذكور فى الكتاب لايصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا والمقدر الشرعى لايبطل فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، إذ ليس فيه تقدير شرعى فكانت الزيادة إبطالا له ، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لايقابله مال ، ولكنه أشبه النكاح فى تقوّمه بالعقد فجاز بأىّ مقدار تراضيا عليه كالتسمية فى النكاح ، وإن كان منضما إلى العمد كان كما إذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطإ الدية وما بقى فلصاحب العمد ، كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف الألف والباقى لصاحب الدنانير . والثانى كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة ، إلا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لايكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضى بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتى بقرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء فى الإبل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين) ولو قضى القاضى بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز ، فكذا هذا .

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول : وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثانى كما إذا صالح على مكيل الخ)

قال (ولا يجوز عن دعوى حدّ) لأنه حق الله تعالى لا حقه ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها ، وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ؛ ويدخل فى إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع . قال (وإذا ادّعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان فى معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه بناء على زعمه وفى جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة . قالوا : ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا فى دعواه . قال (وإذا ادّعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر فى بعض نسخ المختصر ، وفى بعضها قال : لم يجز . وجه الأول أن يجعل زيادة فى مهرها . وجه الثانى أنه بذل لها المال لتترك الدعوى

المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، وسيأتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين . ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطإ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضى القاضى بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضى به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الأول أن يجعل زيادة فى مهرها) أى أن يجعل كأنه زاد فى مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة ، كذا فى الكافى وكثير من الشروح . قال صاحب غاية البيان : وفيه نظر عندى لأنه ضعيف جدا ، لأن الكلام فى دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة فى المهر اهـ . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافى كون ذلك زيادة فى المهر ، بل يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا ، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهى الخلع ، ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة فى المهر وهذا وجه

قال (ولا يجوز عن دعوى حد) الأصل فى هذا أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، فإذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل . وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال ، لأن الحدّ حق الله تعالى ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام ، وإذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدّع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها فى الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبىّ فلا يجوز الاعتياض عنه (وإذا أشرع رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر فى حق الأفراد ، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقين ؛ وقيد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان فى ذلك صلاح للمسلمين ووضعها فى بيت المال ، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح (وحد القذف داخل فى جواب الحدود لأن المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث ، بخلاف القصاص . قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود إليه شبها ، وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه

أقول : هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله والأول إما الخ (قال المصنف : وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة) أقول : قال العلامة النسفى فى الكافى : بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها انتهى (قال المصنف : لأنه حق العامة) أقول : وفى الكافى بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق فى الشارع لجماعة المسلمين انتهى . يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قوبل بغير النافذة (قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول : يعنى من أهل طريق غير نافذ

فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة . وإن لم يجعل فالحال على ماكان عليه قبل الدعوى فلا شىء يقابله العوض فلم يصح . قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان فى حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان فى الذمة إلى أجل ، وفى حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز إلا أنه لاولاء له لإنكار العبد إلاأن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه ، وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز) ووجه الفرق أنّ رقبته ليست من تجارته ولهذا لايملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبى ،

لاغبار عليه (قوله فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة) إذ لايسلم له شىء من هذه الفرقة ، وإنما المرأة هى التى تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج ، كذا فى الكافى وكثير من الشروح . أقول : لمانع أن يمنع قولهم ، إذ لايسلم له شىء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر ، إذ لولا هذه الفرقة لزمه مهرها عند إثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر فى ضمن هاتيك الفرقة التى هى فى معنى الخلع . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لايعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال : يعنى أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض فى الفرقة من جانبها على الزوج ، كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لايجب عليه شىء انتهى . ويشير إليه قول صاحب العناية : فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة ، كما إذا مكنت

بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام فى جانبها ، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعا فى زعمه ولا فائدة فى إقامتها بعده ، وإن كان مبطلا فى دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى ، وهذا عام فى جميع أنواع الصلح ، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة . وفى عكس هذه المسئلة وهى ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر فى ذلك ، فوقع فى بعضها جاز ، وفى بعضها لم يجز . وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها . ووجه الثانى أنه بذل لها لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وإن لم يجعل فرقة فالحال على ماكان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمة شىء يقابله العوض فكان رشوة (وإن ادعى على رجل) مجهول الحال (أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لإمكان تصحيحه على هذا الوجه فى زعمه ، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل فى الذمة) ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لايصح السلم فى الحيوان (و) يجعل (فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز ، إلا أنه لايثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أولا (وإن قتل عبد له) أى للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لايملك التصرف فيه بيعا وإن جاز إجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبى) أى صار العبد كالأجنبى فى حق نفسه لأن نفسه مال المولى ، والأجنبى إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لايجوز فكذا ههنا

(قوله والوطء الحرام فى جانبها) أقول : فيه بحث ، فإنه لايكون حراما إذا كان بالقضاء ، وجوابه أن المرأة يجوز أن تعتقد ذلك على رأى من قال لاينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول : أى رشوة محضة (قال المصنف : ولهذا لايملك التصرف فيه) أقول : قال فى النهاية : أى فى رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى . فيه بحث ، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس .

أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه . قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى ؟ قلت : يرد عليه أيضا أن يقال : وقوع الفرقة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض ، ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسك أو قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك ، فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما إذا مكنت ابن زوجها ، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية : وفى كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسئلة

(أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، و) تحقيق (هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أى الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه ، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح ، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حرّ يدا واكتسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لولى القتيل أن يقتله بعد الصلح ، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ، ولم يجب البدل فى حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وإن لم يصح فى حق المولى ، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشىء ما لم يعتق ، فكذا هذا . قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودى وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبى حنيفة ، وقالا : يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس ، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا ، وقيد بالقيمى احترازا عن المثلى ، فإن الصلح عن كرّ حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا ، ولكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ ، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما ، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع . والأصل فى هذا أن الدراهم تقع

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول : الضمير فى قوله له راجع إلى المولى (قوله وهذا : أى الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول : فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول : قوله يؤاخذ به صفة أخرى .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهوموسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق ، أما عندهما فلما بينا . والفرق لأبى حنيفة رحمه الله أن القيمة فى العتق منصوص عليها

فى القيمى وذكر فى الدليل المثل، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو فى المثليات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلى فحينئذ يصار إليها انتهى كلامه . أقول : قد غلط فى استخراج هذا المقام ، فحمل كلام المصنف على التسامح ، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق فى قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ، وهذا غير متصوّر فى القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده ، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصوّر فى المثليات ، وليس مراد المصنف به ذلك قطعا ، بل إنما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى ، وهذا الحق يتصوّر فى القيميات أيضا وإن لم يتصور حق الأخذ إلا فى المثليات ، لأن وجوب القيميات فى الذمة ممكن كالحيوان والثوب فى النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به . ومما يفصح عما قلنا ماذكر فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية بأن قال : والوجه لأبى حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة . وإنما قلنا :

فى مقابلة عين المغصوب حقيقة إن كان قائما، وتقديرا إن لم يكن عند أبى حنيفة، وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهما بما لايتغابن فيه الناس كان ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف مايتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة . ولأبى حنيفه طريقان : أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك مالم يتقرر حقه فى ضمان القيمة ، حتى لوكان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ، ولوكان آبقا فعاد من إباقه كان مملوكا له ، وإذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب أو العبد ، ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما . والثانى أن الواجب على الغاصب ردّ العين لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » فهو الأصل فى الغصب ، وإنما تجب القيمة عند تعذر ردّ العين لتقوم القيمة مقام العين ، وكان ذلك ضروريا لايصار إليه إلا عند العجز ، فإذا صالح على شىء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا ، وفى كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسئلة فى القيمى ، وذكر فى الدليل المثلى فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو فى المثليات ، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلى فحينئذ يصار إليها . ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلى إذا انقطع حكمه كالقيمى لاينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء ، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة . ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة إلى أجل فإنه لايجوز ، ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع ، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز . وأجيب بأن المغصوب المستهلك لايوقف على أثره فكان كالدين ، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبأن البدل جعل فى مقابلة الدية لأنه لاوجه لحمله على الاعتياض عن المقتول . وعورض دليل أبى حنيفة بأنه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز ، فلوكان بمنزلة القائم حكما لجاز . وأجيب بأن المبيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال . وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطا وصحته لاتقتضى قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر ، والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم « ومن أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوّم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسرا أو يسعى العبد » .

(قوله وفى كلام المصنف تسامح ، إلى قوله : إنما هو فى المثليات) أقول : وفى الكافى أو حقه فى الأصل صورة ومعنى ، إذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص ، وإيجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية انتهى . وبه يندفع ماذكره الشارح ، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو فى المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل .

وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه ، بخلاف ماتقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لايظهر الفضل ، والله أعلم بالصواب .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه ،

إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لأن الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل . والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ، ولهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب والحيوان بحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية ، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم ، والآخذ والدافع لايعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ، ولا ضرورة فى الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى . والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع فى تلك الورطة ؟ ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلى إذا انقطع حكمه كالقيمى لاينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله إن تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى . أقول : عذره أقبح من ذنبه، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسئلتين فى الحكم شيئا، بل هو هاهنا فى مقام الاستدلال على قول أبى حنيفة فى الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته ، فإن لم يفد الدليل الذى ذكره المدعى بناء على كون المدعى فى القيمى وكون الدليل مخصوصا بالمثلى كما زعمه لايتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ، ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجنبى عن الصدد نفعا كما لايخفى.

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

قال صاحب النهاية : لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان فى العمل لغيره متبرع ، واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية . أقول : إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد ، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا . فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره ، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره، وكلتا الصورتين مذكورتان فى هذا الباب فيسلم ما ذكر فى عنوان الباب عن الاستدراك . بقى شىء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذى ذكره بالنظر

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان فى العمل لغيره متبرع . قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه : أى عمن وكل فى رواية المصنف . وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمنه . المال لازم للموكل : أى على الموكل كما

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول : أى عمن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف : أى ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول : يعنى الأقطع .

والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لابعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

إلى قول المصنف فى العنوان والتوكيل به. والجواب أن التوكيل المذكور فى العنوان مصدر من المبنى للمفعول فيرجع إلى معنى التوكل وهو تصرف للغير . فإن قلت : فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لايحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبنى للمفعول . قلت : فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هى الإيماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذى هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهوالتبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك ، تأمل فإنه معنى لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية فى شرح الأقطع : والمال لازم على الموكل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : واللام فى للموكل بمعنى على كما فى قوله تعالى ـ وإن أسأتم فلها ـ أى فعليها . واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال : والمال لازم للموكل : أى على الموكل كما فى قوله تعالى ـ وإن أسأتم فلها ـ أى فعليها انتهى . أقول : لا وجه لحمل اللام فى قوله والمال لازم للموكل على معنى «على» لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء ، يقال لزمه ولزم به ، ولا تتعدى بعلى ، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط ، فالصحيح أن تبقى اللام فى عبارة الكتاب على حالها ويكون إقحامها لتقوية العمل ، فالمعنى والمال يلزم الموكل ، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع فى كلام العرب ، بخلاف قوله تعالى ـ وإن أسأتم فلها ـ لأن اللام فى « فلها » هناك متعلق بمقدر كما لايخفى ، فيجوز أن يقدر مايصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير فى أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية : وهذا الذى ذكره من التأويل لايكفى لتأويل المسئلة ، فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شىء ، وإن كان الصلح فى المعاوضات لأنه ذكر فى المبسوط فى باب الصلح فى العقار : ولو ادعى رجل فى دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره ، إلى أن قال : ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذى صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ، وذلك جائز مع الأجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى. واقتفى أثره كثير من الشراح فى أن ما ذكره المصنف لايكفى لتأويل المسئلة ، بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لايكون الصلح فى المعاوضات على الإنكار . أقول: يمكن أن يقال : يستغنى عنه بما ذكره المصنف ، فإن قوله

فى قوله تعالى ـ وإن أسأتم فلها ـ أى عليها ، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لايلزمه ما صالح عليه مطلقا إلا إذا ضمنه ، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة . قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد ، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه ، لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لابعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر فى شرح الطحاوى والتحفة على إطلاق جواب المختصر . وقال صاحب النهاية ما معناه : إنه لابد لتأويل المسئلة من قيد آخر ، وهو أن يكون المصالح فى المعاوضات على الإنكار ، فإن كان لايجب على الوكيل شىء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الأجنبى جوازه مع

(قوله وهو أن يكون المصالح فى المعاوضات) أقول : الظاهر أن يقال الصلح فى المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول : الضمير فى قوله فيها راجع إلى المعاوضات .

قال (وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه : إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفى حقها هو والأجنبى سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه ، كالفضولى بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرّعا على المدعى عليه كما لو تبرّع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شىء من المدعى ، وإنما ذلك للذى فى يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ، ولا فرق فى هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك إن قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال علىّ ألف وسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل فى العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته . قال العبد الضعيف عصمه الله : ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح ، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشىء ، بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا فى حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله ، والله أعلم بالصواب.

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع ، فترجع الحقوق إلى الوكيل من تتمة تأويله ، ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم ، كأنه قال : وفيما سوى ذلك لاترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر فى جواب المسئلة . وفائدته التنبيه على أن ما ذكره فى ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لابطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك ، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا فى غير ذلك ، كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما . وإذ قد تقرّر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار فى جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح فى المعاوضات إذ قد تحقق فيما مرأن الصلح على الإنكار فى حق المدعى عليه إنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وإنما هو معاوضة فى حق المدعى ، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار فى حق المدعى عليه وإن كان الصلح فى المعاوضات صلحا عن مال بمال ، وقد أشار إليه فى المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال . ولا يخفى أن مانحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر تفكر .

الخصم . قال (وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه : ووجه ذلك أن الفضولى عند الصلح على مال ، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول ، والثانى أما إن أضاف المال إلى نفسه أولا فالأول هو الوجه الثانى ، والثانى إما أن يسلم المال المذكور أولا فالأول هو الوجه الثالث والثانى هو الرابع . ولكن يرد وجهان آخران ، وهو أن يكون المال المذكور خاليا عن الإضافة إما معرفا أو منكرا ، وكل منهما أما إن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ، ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى حكم المعرف غير المسلم وهو الذى ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر . أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن تم

(باب الصلح فى الدين)

(وكل شىء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ،

(باب الصلح فى الدين)

(قوله وكل شىء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول : فيه كلام ، وهو أن كلية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة ، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة ، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا ، كما إذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه ، صرح به فى كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما ، وليس فيه إسقاط شىء قط ، وعن هذا قال فى الوقاية : وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذا لبعض حقه وحط لباقيه لامعاوضة انتهى . ويمكن أن يعتذر عما فى الكتاب بأنه خارج مخرج العادة ، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لاعلى مثله بناء على عدم الفائدة فى عقد الصلح على مثل المدعى . قال صاحب النهاية : وهاهنا ينبغى أن يزاد فى لفظ الرواية قيد آخر ، وهو أن يقال : وكل شىء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف

الصلح ، لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط ، وفى حق البراءة الأجنبى والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى ، ومثله لايختص بأحد فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفضولى بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لايرجع عليه بشىء كما لو تبرع بقضاء الدين ، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شىء من المدعى : أى لايصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وإن كان المدعى عليه مقرا ، وإنما يكون ذلك للذى فى يده : يعنى فى ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لابطريق المبادلة ، فإذا سقط لم يبق شىء فأىّ شىء يثبت له بعد ذلك ، ولا فرق فى هذا : أى فى أن المصالح لايملك الدين المدعى به بين ما إذا كان الخصم مقرا أو منكرا . أما إذا كان منكرا فظاهر لأن فى زعمه أن لاشىء عليه وزعم المدعى لايتعدى إليه ، وأما إذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغى أن يصير المصالح مشتريا ما فى ذمته بما أدى ، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لايجوز ، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا ، فإن المصالح يصير مشتريا لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشىء من مالكه صحيح وإن كان فى يد غيره . ووجه الوجوه الباقية مذكور فى المتن وهو ظاهر ، خلا أن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ . وقال بعضهم : هو بمنزلة قوله صالحنى على ألفى ينفذ على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف على إجازة المدعى عليه ، فإن أجاز جاز وإن ردّ بطل ، وهذا وجه آخر غير ما ذكر فى الكتاب . ذكره فى الذخيرة ، وباقى كلامه ظاهر لايحتاج إلى شرح ، والله أعلم .

(باب الصلح فى الدين)

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين ، لأن الخصوص أبدا يكون بعد العموم . قال (وكل شىء وقع عليه الصلح) بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقى) وقيد بعقد المداينة وإن كان حكم الغصب كذلك حملا لأمر

(قوله فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان) أقول : فيه شىء ، والظاهر أن يقول فى هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول : يعنى فلانا الأول ، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش .

(باب الصلح فى الدين)

كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرّف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ،ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض فى المسئلة الأولى وللبعض ، والصفة فى الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لايمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لايجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز) لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ، ولا وجه له سوى المعاوضة ، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لايجوز فلم يصح الصلح (ولوكانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطّه عنه ،

يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة ؛ وإن كان هو من جنس ماهو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر إن كان مؤجلا بطل الصلح وإلا فلا ؛ ألا ترى أنه لوكان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لايجوز . والبخية : اسم لما هو أجود من السود ، ولكن كل منهما من جنس الدراهم ، وإنما لم يجز فى هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل ، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن قوله فى رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج مايمكن حمله على بيع الصرف ، فإن مايمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ، وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم ، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة فى المسائل وأدلتها المفصلة فيه . وأما المثال الذى ذكره بقوله ألا ترى أنه لوكان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لايجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل ،لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف . أما الأول فلأن البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهى غير مستحقة بعقد المداينة بالسود ، وإنما المستحق به السود لاغير . وأما الثانى فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال : وإنما لم يجز فى هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل ، والصرف إلى أجل باطل (قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا) أقول : لقائل أن يقول : إنما يفضى إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الألف المدعى ، وأما إذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا إفضاء إلى الربا ، فما بالهم حملوا الصلح فى مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط

المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم) جياد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض فى المسئلة الأولى ، وللبعض والصفة فى الثانية . ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذى فيه معنى الإسقاط لأن فى جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقى ، كما إذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح ، لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة ، إذ التصرف فى الديون فى مسائل الصلح لايخرج عن أحد هذين الوجهين ، وفى ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لايمكن حمله على الإسقاط (لأن المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة فى مقابلة خمسمائة

(قوله فيحمل على التأخير) أقول : بالنصب .

وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كله قدرا ووصفا ، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض فى المجلس ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقى فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم . قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدّ إلىّ غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايعود عليه) لأنه إبراء مطلق ؛ ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة علىّ وهى للمعاوضة ،

باقيه حتى لم يشترطوا القبض فى المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل فى الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدّ إلىّ غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء)(قال صاحب العناية : قيل معناه : فقبل فهو برىء فى الحال ، ويجوز أن يكون معناه فأدّى إليه ذلك غدا فهو برىء من الباقى انتهى . أقول : لايذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد إليه الألف يأبى المعنى الثانى ويناسب المعنى الأول ، لأن عود الألف إليه يقتضى تحقق البراءة عنه أولا ، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثانى أيضا بأنه لاشك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غدا متحققة أولا ، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غدا ففيما إذا لم يدفع ذلك إليه غدا يصح أن يقال عاد إليه الألف نظرا إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل ، فإن نصف الألف قد خرج عن ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر إليه غدا ، فإذا لم يؤدّ إليه ذلك غدا عاد إليه الألف كما كان ، وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لاتقبله الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهى للمعاوضة) قلت : الباء فى بكلمة على فى قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما فى قولك بعت هذا

مثله من الدين (و) صفة (التعجيل فى مقابلة الباقى وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضى الله عنهما فنهاه عن ذلك ، ثم سأله فقال : إن هذا يريد أن أطعمه الربا . وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل ، فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ، ولو كانت بالعكس جاز) والأصل أن المستوفى إذا كان أدون من حقه فهو إسقاط كما فى العكس ، وإن كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لأن الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل : إذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم بخية(١) نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا صالح) على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض فى المجلس) وحاصله أن الجودة إذا وقعت فى مقابلة مال كان ربا كالمسئلة الأولى فإنها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا ، وأما إذا لم يقع فلذلك صرف والجيد والردىء فيه سواء يدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لأنه أمكن جعله إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة) إن كانت حالة وإسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقى) إن كانت موجلة)(تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم) لأن مبنى الصلح على الحطيطة والحط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة . قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدّ إلىّ غدا .

(قوله كما فى العكس) أقول : ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس .

---

(١) بخية بتشديد الخاء والياء : نسبة إلى بخ أمير ضربها ، وانظر اللسان ، كتبه مصححه .

والأداء لايصح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقا فلايعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة فى الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربح منه ، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف ،

بهذا ، فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التى للمعاوضة فلا حاجة إلى ماتمحل به بعض الفضلاء فى توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال : أى فى المعنى ، وإلا فنى اللفظ دخل كلمة على فى الإبراء دون الأداء انتهى . فكأنه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول فى الأداء فاحتاج إلى التكلف ، وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والأداء لايصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية فى شرحه : والأداء لايصلح عوضا لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شىء لم يكن انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء قوله ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شىء لم يكن حيث قال فيه شىء بل يستفاد به البراءة . أقول : ليس هذا بشىء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شىء فى جانب الدائن ، والبراءة إنما تستفاد فى جانب المديون ، وحدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، فإذا لم يستفد فى جانب الدائن شىء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أو لأنه متعارف) .قال صاحب العناية : قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف . أقول : فيه نظر ، لأن المعنى الثانى لايكون علة لحمل كلمة على

منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء . قيل معناه فقبل فهو برىء فى الحال ، ويجوز أن يكون معناه : فأدّى إليه ذلك غدا فهو برىء من الباقى ، فإن لم يدفع إليه غدا خمسمائة عاد الألف كما كان فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لايعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه مايقيده ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على ، والأداء لايصلح عوضا ، لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شىء لم يكن فجرى وجوده : أى وجود جعل الأداء عوضا مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقا وهو لايعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدى غدا خمسمائة . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته : أى عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلى وموضعه أصول الفقه ، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمسمائة فى الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى ، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه ، فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين ، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة : أى سلمنا أنه لايصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لاينافى أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أو لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا لإبراء الباقى ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

(قوله ففعل فهو برىء ، قيل معناه فقبل الخ) أقول : فالفعل مجاز عن التزامه فى الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه ، إلى قوله : عاد الألف). أقول : فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول ، ويدل عليه ما سيذكره فى الفرق بين التعليق والتقييد (قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على) أقول : أى فى المعنى ، وإلا فنى اللفظ دخل كلمة على فى الإبراء دون الأداء (قوله والأداء مستحق عليه لم يستفد به شىء) أقول : فيه شىء ، بل يستفاد به البراءة . والأظهر لم يستفد بشىء ، ثم قوله والأداء مستحق عليه : معناه فى كل وقت (قوله فجرى وجوده : أى وجود جعل الأداء الخ) أقول : الأولى أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعنى أن حمل كلمة على ، إلى قوله : متعارف) أقول : تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثانى بدون الأول ، والأقرب أن يحمل عطفا على قوله تصحيحا لتصرفه .

والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لايتعلق به كما فى الحوالة . وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى .

على الشرط ، لأنها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز . ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط فى الصلح متعارفا لايجدى مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز ، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط فى معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز . نعم يكون المعنى الثانى علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له ، لكن الكلام فى كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لايتصوّر إلا بكونه علة مصححة للتجوز كالأول وليس فليس . ثم أقول : الأقرب أن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفا على الأقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه ، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ماذكره صاحب العناية ، فمعنى كلام المصنف : فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل ، أو لأن مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف ، فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه ، وقوله أو لأنه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لايتعلق به كما فى الحوالة) قال صاحب العناية : قوله كما فى الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته : يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى . أقول : لايخفى على ذى مسكة أنّ جعل قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والإبراء إنما يتقيد بالشرط وإن كان لايتعلق به ، وعن هذا قال صاحب

فصار كما لو قال : إن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لايحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أديت أو متى أديت أو إن أديت إلى خمسمائة فأنت برىء من الباقى باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ؟ ووجهه أنهما متغايران لفظا ومعنى . أما لفظا فهو أن التقييد بالشرط لايستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك . وأما معنى فلأن فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط ، وفى التعليق به الحكم غير ثابت فى الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط ، والفقه فى ذلك أن فى الإبراء معنى الإسقاط والتمليك ، أما الأول فلأنه لاتتوقف صحته على القبول كما فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص . وأما الثانى فلأنه يرتدّ بالرد كما فى سائر التمليكات ، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط ، وتعليق التمليك به لايجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام . والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان . فقلنا : لايحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك ، وذلك إذا كان بحرف الشرط ، ويحتمل التقييد به عملا بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط ، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما فى الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته : يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل . وقوله (وستخرج البداءة بالإبراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء . وإذا تأملت ما ذكرت لك فى هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية .
قال صاحب النهاية فى حصر الوجوه على خمسة : إن رب الدين فى تعليق الإبراء بأداء البعض لايخلو إما إن بدأ بالأداء أولا ، فإن بدأ به فلا يخلو ، إما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا ، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثانى ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أولا ، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث ، وإن لم يبدأ

(قوله وإن ذكره فهو الوجه الثانى) أقول : فإن قيل : لم يبدأ فى الوجه الثانى بالأداء بل بالمصالحة ، فلا معنى لجعله قسما ما بدئ فيه بالأداء. قلنا : ذلك مبنى على اتحاده مع مابدئ فيه بالأداء حكما فليتأمل .

قال العبد الضعيف: وهذه المسئلة على وجوه: أحدها ما ذكرناه. والثانى إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلىّ غدا وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلىّ غدا فالألف عليك على حاله. وجوابه أن الأمر على ماقال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به. والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أوّلا ، وأداء الخمسمائة لايصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به ،

النهاية. فى شرح قوله كما فى الحوالة: يعنى أن البراءة مما يتقيد كالحوالة ؛ لأن الحوالة على نوعين : مطلقة، ومقيدة. وقال صاحب الكافى فى تقرير هذا المقام: والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى. وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية. والعجب منه أن ما صوّره من المعنى لايساعد ماذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال: يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة. ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة، وقوله فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله والإبراء مما يتقيد بالشرط ، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال : يعنى أن الإبراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فإنها تفوت بفوات شرط السلامة ، على أن فوات الشىء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشىء بالشرط وليس بأصل مستقل فى الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما فى الحوالة بذلك دون أصله ، تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف : وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية : أى وجوه خمسة : فوجه الحصر فيها هو أن ربّ الدين فى تعليق الإبراء بأداء بعض الدين لايخلو إما أن بدأ بالأداء أم لا ، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا ، فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثانى ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أم لا ، فإن بدأ فالوجه الثالث ، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أم لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع ، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه. وهكذا ذكر وجوه الحصر فى العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية. أقول: فيه إشكال، أما أوّلا فلأنه جعل الوجه الثانى قسما مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة، وأما ثانيا فلأنه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى. ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية. أما عن الأول فبأن يقال: إن البدء فى الوجه الثانى وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى ، لأن حاصل معناه أدّ إلىّ غدا خمسمائة من الألف وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلىّ غدا فالألف عليك على حاله ، فالمراد بأن بدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها. ولايخفى أن الوجه الثانى يتم بما ذكرناه من حاصل

بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أو لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس. أما الوجه الأول فقد ذكرناه، والوجه الثانى ظهر مما تقدم، والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبنى على أن الثابت أوّلا لايزول بالشك ، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك ، لأنه إن كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق ، وإن كان شرطا يقيد به وزال الإطلاق ، فإذا وقع الشك لم ينطل به الثابت أوّلا ، وفى عكسها عكس ذلك. والرابع وجهه أنه إذا لم يوقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا فى مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون فى معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض ، وهو غير صالح لذلك كما تقدم. والخامس تعليق وقد تقدم أن الإبراء لايحتمله فلا يكون صحيحا

(قوله فإن لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول : فيه بحث ، لأن الوجه الرابع مما بدئ فيه بالأداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به؟ لا يقال جعله قسما منه بناء على أنه لايتغير الجواب إذا لم يبدأ به بل بدئ بالإبراء لأن الوجه الثانى أيضا كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشى ، والله أعلم.

بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فمن حيث أنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لايقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا . والرابع إذا قال أدّ إلىّ خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقّت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق ، لأنه لما لم يوقّت للأداء وقتا لايكون الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه فى مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا ، بخلاف ما تقدم لأن الأداء فى الغد غرض صحيح . والخامس إذا قال إن أدّيت إلىّ خمسمائة أو قال إذا أدّيت أو متى أدّيت . فالجواب فيه أنه لايصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا ، وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتّى يرتد بالرد ، بخلاف ماتقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به . قال (ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك حتّى تؤخره عنى أو تحط عنى ففعل جاز عليه) لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه . وأما المصالحة فإنها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح . وأما عن الثانى فبأن يقال : ليس المراد بالبدء بالأداء فى وجه الحصر البدء بالأداء المطلق ، بل المراد به البدء بالأداء الموقت . ولا يخفى أنه لم يبدأ فى الوجه الرابع بالأداء الموقت ، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم . وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال : فإن قيل : لم يبدأ فى الوجه الثانى بالأداء بل بالمصالحة فلامعنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالأداء . قلنا : ذلك مبنى على اتحاده مع مابدئ فيه بالأداء حكما فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا الجواب بشىء لأن اتحاده مع مابدئ فيه بالأداء حكما لايقتضى ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالأداء ، إذ الاتحاد فى الحكم لايستلزم الاتحاد فى الذات ولا فى الصفات ، كيف ولو جاز جعل الوجه الثانى مما بدئ فيه بالأداء بناء على اتحاده فى الحكم مع مابدئ فيه بالأداء وهو الوجه الأول لجاز جعل مالم يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد فى الحكم أيضا ، فلم يظهر وجه لجعل الوجه الأول والوجه الثانى قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فمن حيث أنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لايقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول : فيه بحث ، لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه ينافى ما تقرر فى التعليل المذكور من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الوجه الأول ، لأنه كما لايثبت الإطلاق بالشك لايثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لايثبت تقييد الإبراء بالشرط فى ذلك الوجه ، إذ لم يثبت تقييده به أوّلا هناك كما ثبت إطلاقه أوّلا فى الوجه الثالث حتّى لايزول بالشك ، بل إن أخذ التقييد هناك فإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء ، وإذا كان الأداء متردداً بين ما يقتضى الإطلاق وما يقتضى التقييد كما ذكره هاهنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت ، وقد جزم فى التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيدا بالشرط فى ذلك الوجه وبين ذلك بما لامزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل فى التوفيق .

(ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك علىّ حتّى تؤخره عنى أو تحط عنى بعضه ففعل) أى أخر أوحط (جاز عليه) أى نفذ هذا التصرف على ربّ الدين فلا يتمكن من المطالبة فى الحال إن أخر وأبدا إن حط (لأنه ليس بمكره) لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف . لايقال : هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر ، لأن تصرف المضطر كتصرف غيره ، فإن من باع عينا بطعام يأكله بالجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ) المقرّ (بجميع المال) فى الحال .

(فصل فى الدين المشترك)

قال(وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ، إن شاء اتبع الذى عليه الدين بصفة ، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ،

(فصل فى الدين المشترك)

أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد(قوله وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض) قال فى النهاية : وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه فى المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى . أقول : فلقائل أن يقول : إذا كان قبض أحد الشريكين فى الدين شيئا من الدين مخالفا لأخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه فى حكم المشاركة فى المقبوض لم يتحقق اتحاد فى الحكم بين مسئلة ما إذا قبض أحد الشريكين فى الدين شيئا من الدين وبين مسئلة الكتاب ، فلم يظهر لجعل الأولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن ، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا فى المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لاحقها انتهى . أقول : بل الحق إقحام لفظ الحق ، لأن الضمير فى وله عائد إلى صاحب الشريك القابض فى الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين فى كل شىء ، وليس له حقيقة المشاركة فى المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة ، وإنما له حق المشاركة فيه ، فلو أسقط لفظ الحق هاهنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما فى الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم(قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

(فصل فى الدين المشترك)

أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لأن المركب يتلو المفرد . قال (وإذا كان الدين بين الشريكين الخ) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لاخيار لشريكه فى اتباع الغريم أو شريكه القابض ، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما ،

(فصل فى الدين المشترك)

(قوله بنصفه) أقول : يعنى بنصف الدين (قوله إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لاخيار لشريكه الخ) أقول : إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار . قال صاحب النهاية والإتقانى : الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه . والظاهر من تقرير الكافى أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال : إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه ..فتأمل فى الترجيح. وفى الكفاية : استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف الثوب ، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لايبقى للساكت ولاية الشركة فى الثوب ، ويجوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه، فإن الشريك إذاضمن له نصف المقبوض لايبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه ،

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك . إذا عرفنا هذا فنقول فى مسئلة الكتاب : له أن يتبع الذى عليه الأصل لأن نصيبه باق فى ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة ، وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه فى ذلك . قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لأنهما لما اشتركا فى المقبوض لابد أن يبقى الباقى على الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا ، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة ، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ، ولا سبيل للشريك على الثوب

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة : هذا استدراك جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى الثمرة والولد بغير إذن الآخر . أقول : نعم كذلك ، لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك

لأن الدين ازداد خيرا بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة فى ذلك ، فإن قيل : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى الولد والثمرة بغير إذن الآخر . أجاب بقوله لكنه : أى المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته ، وعرف الدين المشترك بأنه الذى يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك . وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك . قال صاحب النهاية : ثم ينبغى أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة ، بل ينبغى أن يزاد على هذا ويقال : إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا فى قدر الثمن وصفته ، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة ، بدليل أن للمشترى أن يقبل البيع فى نصيب أحدهما ، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه ، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو فى بيان حقيقته ، ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا إذا كان صالح على شىء ، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقى على الغريم ، لأنهما لما اشتركا فى المقبوض لابد من بقاء الباقى على ما كان من الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين

والأحسن أن يكون من قوله لشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه (قال المصنف : وله حق المشاركة) أقول : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لاحقها .

فى البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين ،

السؤال إلا أنه مناف لما تقرر آنفا من أن لصاحبه حق المشاركة فى المقبوض ، لأنه لما قال فى تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لاعينه ، ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ماقبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما، كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصوّر أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة فى المقبوض الذى ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل . ثم إن هذا مخالف لما ذكر فى شرح الأقطع فى تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب فى جواب مسئلة الكتاب بأن قال : لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع ، لأن قسمة الدين حال كونه فى الذمة لاتصح ، وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه النصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز ، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه فى الدين انتهى. فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين فى الدين بدلا من حقهما معا لامن حق القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن يقال : هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك ، وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب فى البيع ؟ فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة ، إذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى ، والإضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد لاتنافى ذلك لأن النقود عينا كانت أو دينا لاتتعين فى العقود ، كذا فى عامة الشروح . قال صاحب النهاية بعد ذلك: فإن قيل : فى هذا الجواب ورود سؤال آخر ، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لاتصح وفى المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض . قلنا : قسمة الدين قبل القبض إنما لاتجوز قصدا ، أما ضمنا فجائز ، وهاهنا وقعت قسمة الدين فى ضمن صحة الشراء كما وقعت فى المسئلة الأولى فى ضمن صحة المصالحة ، انتهى كلامه . وقداقتفى أثره صاحب معراج الدراية . وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدروجواب المصنف عنه : وإذا ظهرت المقاصة اندفع مايتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت فى ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى . أقول : فى تحرير قول صاحب العناية قصور ، فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة ، إذ لولم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك فى الثوب المقبوض فى البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلاتتوهم القسمة قبل القبض أصلا ، ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة . ثم أقول : لا احتياج عندى هاهنا إلى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا ، إذ لاوجه للتوهم المذكور أصلا ، لأنه إن لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب فى البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض فى البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين ، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لاسبيل لأحد الشريكين على شىء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة . لايقال : تلك الضرورة فى القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال : قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة ، وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة

وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان فى صورة الصلح ، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا : أى من غير حطيطة وإغماض ، لأن مبنى البيع على المماكسة ومثله لايتوهم فيه الإغماض والحطيطة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك ، فلو ألزمناه فى الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه ، وليس للشريك على الثوب فى صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده . فإن قيل : هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض ؟ أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعنى أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة ، إذ البيع يقتضى

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول : فيه تأمل .

وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ماذكرنا لأن حقه فى ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه ، فلوسلم له ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم ، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ، ولوأبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على مابقى من السهام ، ولو أخّر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتبارا بالإبراء المطلق ،

لأنا نقول : تلك الضرورة ثابته قطعا فى القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية ، فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لايكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لايضمنه ربع الدين ، وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لايسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ما ذكرنا ، لأن حقه فى ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) أقول : فيه كلام ، وهو أنه إن كان حق الشريك الساكت باقيا فى ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى . ثم إن هذا مخالف لما ذكر فى غاية البيان وغيرها فى صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال : الأصل هنا أن الدين المشترك الذى يثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين ، لأنا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه فى الذمة ، وقسمة الدين حال كونه فى الذمة لاتجوز . والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق ، وذلك لايتأتى فيما فى الذمة ، ولأن القسمة فيها معنى التمليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقى عوضا عما له فى يد الآخر ، وتمليك الدين لغير من فى ذمته لايجوز ، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل. قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل . أقول : فيه نظر ، لأنه يستلزم أن لايثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة ، وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لامقتض) أقول : فيه شىء ، وهو أنه يلزم فى هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لايجوز ، وليس

ثبوت الثمن فى ذمة المشترى ، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لاتنافى ذلك ، لأن النقود عينا كانت أو دينا لاتتعين فى العقود . وإذا ظهرت المقاصة اندفع مايتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت فى ضمن المعاقدة فلا معتبر بها ، وأما الصلح فليس يلزم به فى ذمة المصالح شىء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه فى ذمة الغريم باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لايشاركه) لئلا ينقلب ماله عليه فإنه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض) فى الفصول الثلاثة (لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم) كما إذا مات المحال عليه مفلسا فإن المحتال يرجع على المحيل لذلك ، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لامقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما ، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لايسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على ما بقى من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف) خلافا لهما ، قال صاحب النهاية : ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة

ولايصح عندهما لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض ، ولوغصب أحدهما عينا منه أو اشتراها شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض ،

هاهنا عقد حتى تجوز فى ضمنه كما قالوا فى صورة البيع ، اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض فى ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير ، وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لأنه وصف شرعى ثابت فى الذمة ، وذلك لايتميز بعضه عن بعض . ولقائل أن يقول : بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا ؟ فإن تميز بطل قولكم ، وذلك لايتميز بعضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه ؛ فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز . فإن قيل : فقد جوّزوا إبراء أحدهما عن نصيبه ، وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . وأجيب بأن القسمة تقتضى وجود النصيبين ، وليس ذلك فى صورة الإبراء بموجود فلا قسمة ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب الثانى بحث ، لأن عدم تحقق القسمة فى صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لايدفع السؤال الثانى ، لأن حاصله نقض ماذكر فى الجواب الأول بأن ذكر مايوجب التمييز يتحقق فى صورة الإبراء أيضا ، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض فى صورة التأخير لاستلزمها فى صورة الإبراء أيضا ، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين ، لأن القسمة كما تقتضى وجود النصيبين كذلك تقتضى كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر ، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصوّر فلا

الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبى يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبى حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء موقتا بالإبراء المطلق ، وقالا : يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل ، وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لأنه وصف شرعى ثابت فى الذمة ، وذلك لايتميز بعضه عن بعض . ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا ، فإن تميز بطل قولكم وذلك لايتميز بعضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه ، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز . فإن قيل : فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . أجيب بأن القسمة تقتضى وجود النصيبين ، وليس ذلك فى صورة الإبراء بموجود فلا قسمة . لا يقال : لوكان القسمة أمرا وجوديا لزم ماذكرتم ، وإنما هى رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ماشئت فسمه وذلك عدمى ، فلا نسلم أنها تقتضى وجود النصيبين . لأنا نقول : القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لايشاركه فيه الآخر ، وذلك يقتضى وجودهما لا محالة ، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك فى يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول ، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه ، لأن ماعدا منافع البضع من المنافع جعل

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول : اختيار للشق الثانى ، ثم الضمير فى قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فإن قيل فقد يجوزلما براء أحدهما الخ) أقول : ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين فى ذمته قبل الإبراء ، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتأمل فى جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضى الخ) أقول : ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين فى الذمة ولا يلزم ذلك فى صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعنى من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول : لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه .

وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله، والتزوج به إتلاف فى ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جناية العمد . قال (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون ،

قسمة فى الدين لا فى صورة الإبراء ولا فى صورة التأخير ، كيف ولو أمكن القسمة فى الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصوّر حقيقة القسمة فى الدين لا فى صورة الإبراء ولا فى صورة التأخير بقى أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال فى النهاية ومعراج الدراية : قيل إنما قيد بجناية العمد لأن فى جناية الخطأ يرجع ، ولكن ذكر فى الإيضاح مطلقا فقال : ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شىء ، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى. وقال فى العناية بعد ذكرما فيها : وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشىء انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه إن العاقلة لاتعقل صلحا على ماسيجىء انتهى . أقول : هذا ساقط جدا ، لأن العاقلة إنما لاتعقل الأرش الذى يجب بالصلح وهو الذى يجىء فى كتاب الديات ، ولا يكون ذلك إلا فى الصلح عن جناية العمد، وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرش قد يلزم العاقلة بجناية الخطأ ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجانى ، فنى مثله إذا وقع الصلح على نصيب الجانى من الدين المشترك لم يكن الجانى المصالح مقتضيا لشىء ، إذ الأرش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراده مما أورده ذلك الراد . ثم أقول : بقى كلام فيما قاله صاحب العناية . أما أولا فلأن القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدى كأحدهم على مايجىء فى كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشىء ، إذ قد كان مقتضيا لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة . وأما ثانيا فلأن ما ذكره إنما يقتضى إطلاق الجناية لاتقييدها بالعمد ، فإن المصالح إذا لم يكن

مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها (وكذا الإحراق عند محمد خلافا لأبي يوسف) وصورته : ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوى نصيب المحرق ، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجماع . لمحمد رحمه الله أن الإحراق إتلاف لمال مضمون فكان كالغصب ، والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا . ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض ، لأن الإحراق إتلاف فكان هذا نظير الجناية ، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشىء ، فكذا إذا جنى بالإحراق ، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك فى ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فإنه يملك به البضع ، وإنه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية .وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وإن كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للأول فيتحقق القضاء والاقتضاء ، والصلح على نصيبه بجناية العمد إتلاف كالتزوج به لأنه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل أتلف نصيبه . قيل وإنما قيد بقوله عمدا لأنه فى الخطأ يرجع عليه ، وأطلق فى الإيضاح فقال : ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شىء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح ، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشىء . قال (وإذا كان السلم بين شريكين الخ) إذا أسلم رجلان رجلا فى كر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم فى نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر ، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من السلم مشتركا بينهما وإن لم يجزه فالصلح باطل . وقال أبو يوسف : جاز اعتبارا بسائر الديون ، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشاركه فى المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا

(قوله فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول : أى القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لأن الأرش قد يلزم العاقلة الخ) أقول : فيه أن العاقلة لا تعقل صلحا على ماسيجىء .

وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه . ولهما أنه لوجاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ، ولو جاز فى نصيبهما لابد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولأنه لو جاز لشاركه فى المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه . قالوا : هذا إذا خلطا رأس المال ، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق .

مقتضيا لشىء لزم أن لايرجع شريكه عليه كما فى الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لوجاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ، ولو جاز فى نصيبهما لابد من إجازة الآخر) يعنى أنه لو جاز ، فأما إن جاز فى نصيبه خاصة أو فى النصف من النصيبين ، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لاتظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة واللازم باطل ، وإن كان الثانى فلابد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر فى دليل أبى يوسف ، وأما ثانيا فلأن قسمة الدين فى الذمة إنما لاتجوز إذا كانت قصدا ، وأما إذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل ، وفى الشق الأول من الترديد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض فى ضمن عقد الصلح فلا محذور فى اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه فى المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة : واعترض بأن هذا المعنى موجود فى الدين المشترك إذا

(وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه) بجامع أن هذا الصلح (إقالة وفسخ لعقد السلم . ولأبى حنيفة ومحمد وجهان : أحدهما أنه لوجاز فإما أن جاز فى نصيبه خاصة أو فى النصف من النصيبين ، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لاتظهر إلا بالتمييز ، ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها ، وإن كان الثانى فلابد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبى يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره ، بخلاف شراء العين فإنا إذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه فى السلم وهو قسمة الدين فى الذمة . واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعنى أن المسلم فيه فى ذمة المسلم إليه إنما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه . والثانى أنه لو جاز الصلح لشاركه فى المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهى مشتركة بينهما ، وإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذى قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه . واعترض بأن هذا المعنى موجود فى الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركه صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه . وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لابسقوطه ، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه ، لأن الديون تقضى بأمثالها وفى السلم يكون فسخا والمفسوخ لايعود بدون تجديد السبب (قالوا) أى المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا إنما هو (إذا خلطا رأس المال) وعقدا عقد السلم ، وأما إذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الإختلاف أيضا وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون : هو على الاتفاق فى الجواز ، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثانى وهو قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما فى المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ، ومنشأ اختلاف المتأخرين فى أن اختلاف المتقدمين فى صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمدا ذكر الاختلاف فى البيوع مع ذكر الخلط ، وذكر فى كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لايشاركه فيما

(قوله رجع المصالح الخ) أقول : إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح .

(فصل فى التخارج)

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه بيعا. وفيه أثر عثمان ، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبدالرحمن ابن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار .

استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركه صاحبه فى النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه ، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، وفى السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ، انتهى كلامه . أقول : لمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضا فيما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه ، والفرق المذكور فى الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكر فى آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ، ولم يتجدد السبب فى تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها. ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه فى المقبوض فى صورة الإقالة فى العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع فى العين كما فهم من قول المصنف ، بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور فى تلك الصورة فلا انتقاض بها ، تأمل تقف .

(فصل فى التخارج)

التخارج تفاعل من الخروج ، ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشىء معلوم ، وإنما أخره لقلة وقوعه ، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال فى غاية البيان :

قبض المصالح فى قول أبى يوسف ولم يذكر قول أبى حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق. وقيل وليس بسديد: لأن الموجب للشركة فى المقبوض هو الشركة فى دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا .

(فصل فى التخارج)

التخارج تفاعل من الخروج ، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم . ووجه تأخيره قلة وقوعه ، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه . وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به ، وله شروط تذكر فى أثناء الكلام ، وتصوير المسئلة ذكرناه فى مختصر الضوء والرسالة . قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر ، وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره ، وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ، ولم يصح جعله إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح . فإن قيل : لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع . أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن

(قوله وقيل وليس بسديد) أقول : القائل هو الخبازى نقلا عن الأوضح .

(فصل فى التخارج)

(قوله ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول : ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول : أشار

قال (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض فى المجلس لأنه صرف غير أن الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرا لابد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ،

والأصل فى جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن فى الأصل فى أول كتاب الصلح عن أبى يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس : أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث. وقال محمد أيضا : حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث ، وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار : أن إحدى نساء عبدالرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث ، وقد أثبت شمس الأئمة السرخسى وعلاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى لفظ الكافى كما فيه من غير تغيير ، إلا أن شمس الأئمة السرخسى قال : وهى تماضر كان طلقها فى مرضه ، فاختلف الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر ، وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا . وقد روى محمد الألف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير ، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات . وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين ، وفسر الثمانين بالدينار . إلى هنا لفظ غاية البيان ، وهذا بسط ما ذكر فى جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر فى سائر الشروح أنه ذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وإن كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا) أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك

التسليم الواجب بمقتضى البيع ، وهذا لايحتاج إلى تسليم فلا يفضى إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وإن لم يعلما مقداره . وفى جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان . وهو ماروى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة فى ميراثها منه ، ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك فى الكتاب . وذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار ، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض فى المجلس لكونه صرفا غير أن الوارث الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا لكونها فى يده يكتفى بذلك القبض : أى القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، والأصل فى ذلك أنه متى تجانس القبضان بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر ، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس ، فأما إذا كان الذى فى يده بقيتها مقرا فإنه لابد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فإن كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لايعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا ، أما إذا كان مساويا فلزيادة العروض

بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول : الضمير فى قوله صالحوها راجع إلى إحدى نساء (قوله وهى تماضر ، إلى قوله : ولم يفسر ذلك فى الكتاب) أقول : هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار ، ذكره شمس الأئمة السرخسى فى شرح المبسوط

ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف فى هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ، ولو كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما فى البيع لكن يشترط التقابض للصرف . قال (وإذا كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل) لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لأنه إسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز ،

ومن غير جنسه خالية عن العوض ، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض ، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة فى هاتين الصورتين للزوم الربا ، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقى أيضا لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل ، كذا فى الذخيرة وفى كثير من شروح هذا الكتاب . أقول : عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقى منظور فيه عندى ، لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلا إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر فى الكتاب ، فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقى وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن . فإن قلت : قد مرّ فى الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه فى الباقى وما نحن فيه نظير تلك المسئلة ، فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح هاهنا . قلت : قد مرّ أيضا فى الشروح هناك أن ماذكر جواب غير ظاهر الرواية ، وأما فى ظاهر الرواية فإنه يصح . وقد ذكر فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية فى تلك المسئلة . حتى قال فى الذخيرة هناك : وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لاقى عينا ودعوى ، والإبراء عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح . وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لاغير على ماذكر فى جميع

وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم ، وإن كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ، ولا يصح بطريق الإبراء أيضا لما مر ، ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف فى هذا القدر . وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق ، أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز ، لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقابض فى المجلس أولا ، ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس إلى خلافه كما فى البيع ، لكن لابد من القبض فى المجلس لكونه صرفا . قال (وإذا كان فى التركة دين على الناس الخ) وإذا كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل فى الدين والعين جميعا ، أما فى الدين فلأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح ، وأما فى العين فلاتحاد الصفقة . والحيلة فى الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم

وأراد بالكتاب المبسوط . وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية ، ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض ، ثم قوله ولم يفسر ذلك فى الكتاب يعنى لم يفسر محمد فى مبسوطه (قال المصنف : وإذا كان فى التركة ، إلى قوله : فالصلح باطل) أقول : قال الكاكى : أى فى الكل فى العين والدين ، أما فى الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين ، وأما فى العين فلاتحاد الصفقة . وفى مبسوط شيخ الإسلام : وهذه المسئلة ترد نقضا على أبى يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة فى شعير أو زيت حيث قالا : يصح فى حصة الزيت ويفسد فى حصة الشعير ، وهاهنا أفسد الكل ، وهذا ما يحفظ . وفى الكافى : قيل هذا عند أبى حنيفة ، وأما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين ، وقيل هو قول الكل ، والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى . فظهر بما فى الكافى جواب نقض شيخ الإسلام خواهر زاده فليتأمل . ثم إن عبارة المصالح فى قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرّعين ،وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة . والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين .

الكتب ، فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لايخفى . وقال الحاكم أبو الفضل : إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق ، وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به يمينه فلا يتمكن الربا ، كذا فى الذخيرة والتتمة ، ونقل عنهما فى النهاية ومعراج الدراية . وقال الإمام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد : قال أبو الفضل : يعنى الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين فى حالة التصادق ، أما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطا . ثم قال الإمام الاسبيجابى : والصحيح أنه باطل فى الوجهين لأنه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا انتهى . وهكذا نقل عنه فى غاية البيان . وقال الإمام فخر الدين قاضيخان فى فتاواه : قال الحاكم الشهيد : إنما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا فى حالة التصادق ، أما فى حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ،ووجه ذلك أن فى حالة الإنكار مايؤخذ لايكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع انتهى كلامه . أقول: فى الوجه الذى ذكره قاضيخان إشكال، لأن عدم كون المأخوذ بدلا فى حق الدافع ظاهر مسلم ، وأما عدم كون ذلك بدلا فى حق الآخذ فممنوع . فإن قلت : إنما لايكون المأخوذ بدلا فى حق الآخذ أيضا لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق فى قدر المأخوذ وإسقاط الحق فى الباقى كما قالوا فى الصلح عن الدين بأقل من جنسه . قلت : الكلام فى الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به ، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح فى حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه فى حالة التصادق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين فى ذلك المعنى قطعا، وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلا فى حالة التصادق . نعم بقى لنا الكلام فى هذا المقام بأنه لم لايجوز تصحيح هذا الصلح فى الحالتين معا بحمله على البراءة من دعوى الباقى من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان ، والباطل هو الثانى دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة)لعدم رجوعهم على الغرماء، كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة . وقالوا فى سائر الشروح : أما فى الوجه الأول فإن بقية الورثة لايمكنهم الرجوع على الغرماء، وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى . قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية : هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى . أقول: قد يكون التبرّع فى نفس المال بأن يعطيه على أن لايأخذ عينه ولا بدله من بعد ، وقد يكون فى نقده وتعجيله بأن يعطيه فى الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلا عليه ، وهذا لاينافى أن يأخذ عينه أو بدله فى الآجل ، فلما كان قول المصنف فى الوجه الثانى متبرّعين محتملا لكل واحدة من صورتى التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ، ففسر ضرر بقية الورثة فى الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر فى الصورة الأولى ، ففسروا الضرر فى الوجهين بالمعنيين المختلفين ، فقول ذلك القائل فى الردّ عليهم، إذ لانسيئة فى التبرع ناشئ من

بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرّعين ، وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما فى الوجه الأول فلأن بقية الورثة لايمكنهم الرجوع على الغرماء، وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين

(قال المصنف : وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول : قال فى الكفاية : لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى . هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية ؛ إذ لانسيئة عند التبرع فليتأمل (قوله وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم) أقول : فيه بحث

ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون ، قيل لايجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ،

الغفول عن الصورة الثانية للتبرع . واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثانى فى شرح الوقاية على ماحمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال : والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء ، وفى هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى . ولكن خالف فى توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافى وغيره حيث قال : الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال ، وفى هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لايبقى له على الغرماء حق لاأن حصته تصير لهم ، انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ماذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة . فإن قيل : إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة . قلنا : إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تصير لهم ، فقوله لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره فى تعليل فائدة بقية الورثة . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح زاد فى الطنبور نغمة حيث قال فى هذا المقام : وفى هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لايمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ، ونوع نفع لهم حيث لايبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع . وقال فى حاشيته : فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، إذ لايخفى على الفطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لاينجبر بمجرد أن لايبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمى من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقى الورثة فأين هذا من ذاك ؟ فالحق ماذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لايجوز لاحتمال الربا) بين هذا فى كثير من الشروح بأن كان له فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل ، وهكذا فى الذخيرة أيضا . أقول : فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لايلزم الربا ، إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ، ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر فى الكتاب ، كما إذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا . فالحق فى البيان هاهنا أن يقال بأن كان فى التركة مكيل أو موزون ، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون فى التركة كيلى أو وزنى وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل ، لأن مازاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى . فإنه اعتبر القلة فى جانب بدل الصلح لا فى جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون ، وكأن صاحب الكافى تنبه أيضا لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال فى تعليل هذا القيل : لاحتمال أن يكون فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية ، ولكن الأوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفا لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لايخفى (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لايكون فى التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ، كذا فى العناية ، وعلى هذا المنوال ذكر فى الذخيرة وكثير من الشروح .

ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لايجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى بأن كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل (وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبى جعفر لاحتمال أن لايكون فى التركة من ذلك الجنس ، وإن كان

ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لايجوز لكونه بيعا إذ المصالح عنه عين . والأصح أنه يجوز لأنها لاتفضى إلى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لايجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث ، وإن لم يكن مستغرقا لاينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخى رحمه الله فى القسمة أنها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا .

وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية : فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل ، فيه بحث . أقول : لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لايلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره فى أثناء بيان احتمال الربا ، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فإنهم بصدد بيان شبهة الشبهة التى ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبى الصحة والفساد ؛ ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لايكون فى التركة من ذلك الجنس ، فإن هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعا . كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهته تأمل تقف . ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد مابين الاختلاف فى هذه المسئلة على ماذكر فى الكتاب قال : ولقائل أن يقول : حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان فى التركة جنس بدل الصلح لايجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه . أقول فيه نظر ، أما أولا فلأنه لا احتياج هاهنا إلى ماذكره من التفصيل أصلا ، إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاستقلال : إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ ، وأخراهما قوله فى أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا . وأما ثانيا فلأن التفصيل الذى ذكره لايخلو عن اختلال لأن قوله إن كان فى التركة جنس بدل الصلح لايجوز لايصح على إطلاقه ، فإنه إذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا ، وكذا إذا كان فى التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى . وأما ثالثا فلأن مسئلتنا هذه لاتقبل التفصيل المذكور جدا ، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة ، فإن عبارة هذا الكتاب فى هذه المسئلة هكذا ، ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون ، قيل لايجوز ، وقيل يجوز . وعبارة

فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لايجوز لكونه بيعا) إذ لايصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والإبراء عن العين لايجوز ، وإذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه فى يد بقية الورثة) فما ثمة احتياج إلى التسليم حتى يفضى إلى النزاع ، حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك ، وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغرقا أو غيره ؛ فنى الأول لايجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يتملك التركة ، وفى الثانى لاينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وأما القسمة فقد قال الكرخى إنها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا . وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث ، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه . ووجه القياس أن التركة لاتخلو عن قليل للدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة ، والله أعلم .

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول : فيه بحث .

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض ، سمى بها

الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل فى هذه المسئلة هكذا . وفى صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى . فكيف يتصور فى هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هى منحصرة فى الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة ، فالجواب بالاختلاف لا غير على ماذكر فى الكتب المعتبرة عامة .

(كتاب المضاربة)

قد مرّ وجه المناسبة فى أول كتاب الإقرار . والمضاربة فى اللغة : مفاعلة ، من ضرب الأرض إذا سارفيها ، قال الله تعالى ـ وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله ـ يعنى الذين يسافرون فى الأرض للتجارة ، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير فى الأرض غالبا طلبا للربح . وفى الشريعة : عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى فى الكتاب . وقال صاحب النهاية : ومن يحذو : هى حدوه فى الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا . أقول : فيه فتور ، إذ الظاهر أن المضاربة فى الشريعة ليست نفس الدفع المزبور ، بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه . وركنها الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها ، مثل أن يقول ربّ المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أومعاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أنّ ما رزق الله فهو بيننا على كذا ، ويقول المضارب قبلت أو مايؤدى هذا المعنى . وشروطها كثيرة تذكر فى أثناء المسائل . قال فى العناية : وشروطها نوعان : صحيحة وهى مايبطل العقدبفواته ، وفاسدة تفسد فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك اهـ . أقول : فيه قصور ، لأن الشروط الفاسدة أيضا نوعان : نوع يفسد العقد أيضا ، ونوع يفسد فى نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه هاهنا فى النهاية ، وسيأتى التصريح به فى الكتاب أيضا . وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة فى النوع الثانى منها فكانت قاصرة . وحكمها : الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه فى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على مافصل فى النهاية . قال فى العناية : وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح . أقول : فيه خلل ، أما أوّلا فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع ، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه فى كثير من المعتبرات حتى المتون ، ألا ترى إلى ما قال فى الوقاية : وهى إيداع أوّلا وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح . وأما ثانيا فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا يثبت بها أوّلا على ماصرح به فى عامة الكتب . وقال فى الكافى والكفاية : وحكمها أنواع : إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب . أقول : فيه أيضا خلل ، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتى ، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكما من أحكامها ، وحكم الشيء مايثبت به والذى يثبت ثمنا فيه لايثبت

(كتاب المضاربة)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض ، وسمى هذا العقد بها

(كتاب المضاربة)

لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهى مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غنىّ بالمال غبىّ عن التصرف فيه ، وبين مهتد فى التصرف صفر اليد عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبىّ والذكىّ والفقير والغنىّ . وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة فى يده لأنه قبضه بأمر مالكه لاعلى وجه البدل والوثيقة ، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه ، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله . فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ،وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره .

به قطعا . لايقال : إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحا أن يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة إلا أنهما يصلحان أن يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة : فمن أدرجهما فى أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة . لأنا نقول : لاشك أن ما ذكره فى قرائنها من ركنها وشرطها وغيرهما إنما يراد به ماكان للمضاربة الصحيحة لاغير ، فنى أحكامها أيضا لابد أن يكون كذلك . ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضا فى الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به فى البدائع بل فى الكتاب أيضا فيا سيجىء أن يكون للعامل مثل أجر عمله ، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة فى شىء (قوله لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العينى : فيه مناقشة ، لأن المضارب لايستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لايستحق شيئا اهـ . أقول : ليس هذا بشىء لأن الباء فى قوله بسعيه وعمله للسببية ، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ، ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب فى الجملة لا التأثير فيه ، وإنما التأثير وظيفة العلة ، وقد

لأن المضارب يسير فى الأرض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى ـ وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله ـ وفى الاصطلاح : دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ماشرطا (ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس بين غنىّ بالمال غبىّ عن التصرف فيه ، وبين مهتد فى التصرف صفر اليد) أى خالى اليد عن المال فكان فى مشروعيتها انتظام مصلحة الغبىّ والذكىّ والفقير والغنىّ ، وفى الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل : دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله فكذا . وشروطها نوعان : صحيحة وهى مايبطل العقد بفواته ، وفاسدة فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك . وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبىّ صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والإجماع ، فإنه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لايسلك به بحرا وأن لاينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه . وتقرير النبىّ صلى الله عليه وسلم أمرا يعاينه من أقسام السنة على ماعلم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان إجماعا . قال (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة فى يده الخ) المدفوع إلى المضارب من المال أمانة فى يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن ، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه ، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله

(قوله وفى الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه) أقول: فيه مسامحة فإنها فى الاصطلاح هى العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول : لعل المراد الألفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول: قال صاحب الكافى : المضارب أمين أولا لأنه قبض المال بإذن مالكه لاعلى جهة المبادلة والوثيقة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلا ، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة ، وعند الشروع فى العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل

(٥)
قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا . قال (ولا تصح إلا بالمال الذى تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ؛ ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز له لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح المضاربة ،

عرف ذلك كله فى الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعى المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية فى بيان التعليل : أى لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف ، وكل واحد منهما يقبل الإضافة إلى زمان فى المستقبل ، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للإضافة إلى زمان فى المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء اهـ . واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا البيان غير أنه قال : والإجارة بالراء والإجازة بالزاى . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به ومرّ فى الكتاب آنفا ، والمدعى هاهنا صحة عقد المضاربة فى الصورة المذكورة ، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها فى تعليل صحة عقد المضاربة فى الصورة المزبورة . وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع ، فإنا نعلم قطعا مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية فى كثير من الأحكام ؛ ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثانى زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة ، على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضا متحققة قطعا فى كثير من الأحكام : منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع ربّ المال ، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك . وأما ثالثا فلأن الوكالة والإجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة . أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة ، ولا شك أن حكم الشىء خارج

وهو شائع فيشركه ، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال فى ماله فيصير ماشرط من الربح كالأجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت ، ويجب أجر المثل ، وذلك إنما يكون فى الإجارات ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره . قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح ، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال : عقد على الشركة ، ولم يعلم أن الشركة فيما ذا ؟ ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة فى الربح لا فى رأس المال مع الربح : أى لأن رأس المال لربّ المال والربح يستحق بالمال من جانب ربّ المال والعمل من جانب المضارب ، ولا مضاربة بدونها : أى بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لربّ المال كان بضاعة ، ولو شرط للمضارب كان قرضا ، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذى تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز ، وقد تقدم فى كتاب الشركة . ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز ، لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة : يعنى أنه مشتمل على التوكيل ، والإجارة بالراء والإجازة بالزاى . وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان فى المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فإنه لا تجوز

الخ انتهى . هذا يخالف ما فى الشرح من أنه وكيل عند الدفع فليتأمل (قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول : قد سبق فى كتاب الوكالة أن

لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لايصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع (١) : وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لايستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولابد منها كما فى عقد الشركة . قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله

(١) أى فى الجامع الصغير

عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه ، وأما الإجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر ، وعلى كلا التقديرين لاتصلح الجزئية منها ، فحديث الجزئية فى تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له ، ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين ، فالوجه فى تمشية ذلك تقرير صاحب الكافى حيث قال : لأنه لم يضف المضاربة إلى العرض ، وإنما أضاف إلى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به ، والإضافة إلى زمان فى المستقبل يجوز لأنه وكالة أو وديعة أو إجارة ، وليس فى شيء من ذلك مايمنع صحة الإضافة إلى زمان فى المستقبل اهـ . نعم فيه أيضا شيء مما مر ، وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا فى حال صحتها ، فلا معنى لدرج الإجارة فى تعليل صحتها فى الصورة المزبورة ، اللهم إلا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة ، كأنه قيل : ليس فى عقد المضاربة مايمنع عن الإضافة إلى زمان فى المستقبل لا فى حال صحته ولا بعد فساده فتأمل . ثم أقول : بقى لى بحث قوىّ فى هذا المقام ، وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة إيداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح ، وقد صرحوا فى محله بأن مالا يصح إضافته إلى زمان فى المستقبل تسعة وعدّوا منها الشركة ، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان فى المستقبل فقد وجد فى المضاربة مايمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة ، فينبغى أن لايصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع ، إذ لاريب أن ارتفاع منع أمور لايجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لأن عند أبى حنيفة رحمه الله لايصح هذا التوكيل على مامرّ فى البيوع) وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشترى والدين بحاله ، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لايصح ، كذا فى العناية والنهاية . قال بعض الفضلاء : الأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة ، لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ . أقول : قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح ، فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب فى مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد فى بيان بطلان المضاربة فى الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبى حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية . نعم إنهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا فى ترك ذلك هاهنا (قوله فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)

المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج ، أما عند أبى حنيفة فلأن هذا التوكيل لايصح على مامر فى البيوع : أى فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال : ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد الخ ، وإذا لم يصح كان المشترى للمشترى والدين بحاله ، وإذا كان المشترى للمشترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لايصح ، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لايجوز . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ، ومعناه أن لايستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافى الشركة المشروطة لجوازها ، والمنافى لشرط جواز الشيء مناف له ، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم ، ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما

الأصل فى المضاربة العموم وفى الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله وإذا لم يصح كان المشترى للمشترى) أقول : والأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل (قوله ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ) أقول : فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية .

لايربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده ، والربح لربّ المال لأنه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبى يوسف خلافا لمحمد كما بينا فى الشركة ، ويجب الأجر وإن لم يربح فى رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد . وعن أبى يوسف أنه لايجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها ، والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة [illegible]

ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة ، والفاء فى قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة : أى على ماشرطا كالنصف والثلث فله : أى فللعامل . أقول : فيه نظر ، لأن هذه المسئلة التى هى مسئلة الجامع الصغير لاتصلح أن تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التى هى مسئلة مختصر القدورى لوجهين : أحدهما أن المسئلة الأولى أعم من المسئلة الثانية ، لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى فى صور متعددة مذكورة فى معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما : منها أن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقى للآخر ، ومنها إن شرطا لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم ، ومنها أن شرطا لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة ، وفى كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة فى الربح لأنه ربما لايربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به . وأما اشتراط زيادة عشرة فإنما يتمشى فى صورة ثالثة من الصور المذكوره فكيف يكون الأخص مفسرا للأعم . وثانيهما أن حكم المسئلة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما ، وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين فى الحكم مفسرا للآخر . فالحق عندى أن الفاء فى قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع ، والمقصود بالمسئلة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين ، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال : إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل ، إلا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها . ومن عادة المصنف أن لايغير المسئلة التى أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدورى ، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة : وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبى يوسف أنه لايجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فإن قلت : ماجواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لأبى يوسف رحمه الله ، فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد ؟ قلت : جوابه هو

لايربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أى وجوب أجر المثل (لأنه) عمل لرب المال بالعقد و(ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولابد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك فى الربح (لكونه لربّ المال لأنه نماء ملكه) فتعين أجر المثل ، وهذا التعليل يوجب ذلك فى كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبى يوسف) قيل : والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة ، لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب بالغا مابلغ) (كما بينا فى الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح فى رواية الأصل لأنه أجير ، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع) كما فى أجير الوحد فإن فى تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما فى الأجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبى يوسف لايجب) له شىء إذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يربح لايستحق شيئا (مع أنها فوق الفاسدة)

(قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول : فى القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لامعتل ووهم الجوهرى ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى . فوراء هاهنا بمعنى القدام ، والمراد بما وراء العشرة ماشرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذ العشرة زيادة على ماشرط من الشركة فى الربح (قوله لأن ذلك تغيير المشروع) أقول : أى شرط العشرة

ولأنه عين مستأجرة فى يده ،

أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة فى استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال فى يده فله أجر مثله فيما عمل ، كذا فى النهاية والعناية ، وعزاه صاحب العناية إلى المبسوط . أقول : مقتضى هذا الجواب أن لايجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة فى شىء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة فى حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلا بما نحن فيه حيث قال : والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة . نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضا بقوله ولأنه عين مستأجرة فى يده ، لكن الكلام فى جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافى وغيرهما فتأمل . ثم إن بعض الفضلاء ردّ على صاحب العناية فى قوله وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة . أقول : إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والإجارة معا ، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه ، والظاهر هو الثانى لكونه موافقا لما صرحوا به (قوله ولأنه عين مستأجرة فى يده) وفى بعض النسخ : عين مستأجر : يعنى أن رأس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لاغيره فلا يضمن كأجير الوحد ، كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : فيكون مستأجرة فى قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هى له ، أو هو من قبيل : سيل مفعم ، ولعل هذا أولى انتهى . أقول : فيه أن قولهم سيل مفعم مما بنى للمفعول وأسند للفاعل ، إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته ، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المالئ لا المملوء ، بخلاف ما نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك ، اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازى مطلقا لا أنه من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه ، فحينئذ يجوز كما أشار إليه

فى الفاسدة أولى . فإن قيل : ماجواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوى فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جلسه كما فى البيع الفاسد . أجيب بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة فى استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال فى يده فله أجر مثله فيما عمل ، والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين : أحدهما الاعتبار بالصحيحة ، والثانى أن رأس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ، ولا يضمن كأجير الوحد ، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث أنه أجير لايمكن له أن يؤجر نفسه فى ذلك الوقت لآخر ، لأن العين الواحد لايتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد كما لايمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد ، وهذا قول أبى جعفر الهندوانى . وقيل المذكور هاهنا قول أبى حنيفة ، وعندهما هو ضامن إذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه . وهذا قول الطحاوى ، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ، والأجير المشترك لايضمن إذا تلف المال فى يده من غير صنعه عند أبى حنيفة خلافا لهما . قال الإمام الاسبيجابى فى شرح الكافى : والأصح أنه لاضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال فى يد المضارب صحت أو فسدت أمانة ، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا . ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها مايبطل

(قوله تنعقد شركة لاإجارة) أقول : يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فليتأمل (قوله والثانى أن رأس المال عين استوجر المضارب) أقول : فيكون مستأجرة فى قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هى له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب) أقول : فى وجه الإشارة خفاء لايخفى فليتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ)

وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده(١) لاختلال مقصوده(٢)، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها(٣)، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب .

تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال : المستأجر فى الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجرا لعمل المضارب فيه اه ثم إن جماعة من الشراح قالوا : وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث أنه أجير لايمكن له أن يؤاجر نفسه فى ذلك الوقت لآخر . وقال صاحب العناية والنهاية منهم فى تعليل ذلك : لأن العين الواحد لايتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد ، كما لايمكن لأجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد انتهى . أقول : فيه بحث . لأنه إن أريد بالعين الواحد فى قولهما لأن العين الواحد لايتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لايتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد . لأن الإجارة إذا كانت عقدا على العمل لاعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجرا لكثير من المستأجرين فى وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم فى ذلك الوقت ، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لأكثر من واحد ، بخلاف أجير الوحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر فى الوقت الواحد كما تقرر فى محله ، وإن أريد بالعين الواحد فى قولهما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لايتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى وقت واحد : أى أن يكون فى يد كل واحد منهما يعملان به فى وقت واحد ، ولكن هذا لايقتضى أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى فى كل أجير مشترك ، فإن ما يعمل به من الأعيان لايتصور أن يكون فى يده وفى يد غيره على الاستقلال فى الوقت الواحد لامتناع وقوع شىء واحد فى محلين مختلفين فى وقت واحد فلايتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده ، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها ، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب) قال فى النهاية : فإن قلت : هذا الكلى منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله : وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلى لأن هذا الشرط لايوجب جهالة فى الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة ، وعلى قضية ذلك الكلى ينبغى أن لاتفسد المضاربة لأنه غير الذى يوجب جهالة فى الربح . قلت : نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها الشرط الذى لايمنع موجب العقد ، وأما إذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبه انتهى . أقول : هذا الجواب لايشفى العليل ولا يجدى طائلا ،

فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال (وكل شرط يوجب جهالة فى الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح ، وفى الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح فى مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال) أو عليهما . والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ، ولايجوز أن يلزم غير رب المال ، ولما لم يوجب الجهالة فى الربح لم تفسد المضاربة . قيل شرط العمل على رب المال لايوجب جهالة فى الربح ولا يبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجىء فلم تكن القاعدة مطردة . والجواب أنه قال : وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها : أى المضاربة ، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة ، وسلب الشىء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير ، وقوله بعد هذا بخطوط : وشرط

أقول : فيه تأمل (قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول : فإن قيل : هذه جهالة لاتفضى إلى النزاع فينبغى أن لاتكون مفسدة . قلنا : لعل إفسادها من حيث جواز أن لايحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح ، فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل(قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول : فيه بحث ، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحا فى نفسه لكن لايناسب هذا المقام ، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لايفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر .

قال (١) (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه) (٢) لأن المال أمانة فى يده فلا بد من التسليم إليه (٣)، وهذا بخلاف الشركة لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، فلابد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه . أما العمل فى الشركة من الجانبين فلوشرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلايتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير (٤) لأن يد المالك ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب ، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل (٥) صاحبه لقيام الملك له وإن لم (٦) يكن عاقدا ، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون ، بخلاف الأب والوصى لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال .

لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لايمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لايدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسدا لما هو المقصود فى المقام ، إذ المقصود هاهنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة فى باب المضاربة ، فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لايمنع موجب العقد يكون الشرط الذى يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة فى الربح خارجا عن قسمى هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود . وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال : قيل شرط العمل على رب المال لايوجب جهالة فى الربح ولا يبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجىء فلم تكن القاعدة مطردة . والجواب أنه قال : وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها : أى المضاربة ، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة ، وبسلب الشىء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير ، وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه ، انتهى كلامه . أقول : مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسدا فى نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام ، لأن معنى القسم الثانى من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لايفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط ، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب ، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة ، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا : ولما كان من الشروط مايفسد العقد ومنها ما يبطل فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال : وكل شرط

العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه . . قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلما إلى المضارب الخ) لابد أن يكون رأس المال مسلما إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف أو عمل ، لأن المال أمانة فى يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة ، وهذا بخلاف الشركة لأن المال فى المضاربة من جانب والعمل من جانب ، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص . وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود ، وسواء كان رب المال عاقدا أو غير عاقد كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لايجوز ، لأن يد المالك ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب ، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وإن لم يكن عاقدا ، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة فى ذلك المال أولا ، فإن كان الأول كالأب والوصى إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبى ، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا ، وإن كان الثانى كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت ، لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف

قال (وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة ، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار ، والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى ، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب فى الأرض وهو السير . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر . وعنه وعن أبى حنيفة رحمهما الله أنه إن دفع فى بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع فى غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد فى الغالب ، والظاهر ماذكر فى الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشىء لا يتضمن مثله لتساويهما فى القوّة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك ،

يوجب جهالة فى الربح الخ ، ولا شك أن المضاربة المعدومة لاتندرج فى هذا المعنى (قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لاتكون مقيدة بزمان ولا مكان . أقول : هذا تقصير منهم جدا ، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتى . وقال بعض الشراح فى تفسير المضاربة المطلقة هاهنا : أى غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة . أقول : فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه فى هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتى فى الكتاب ، فالأولى فى تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين ، وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط : إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة ، وله أن يشترى بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشىء لايتضمن مثله) قال صاحب العناية : ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر

فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة ، والله أعلم . قال(وإذا صحت المضاربة مطلقة الخ) المراد بالمطلق مالا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك ، فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشترى مابدا له من سائر التجارات ، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لايحصل إلا بالتجارة ، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ماهو صنع التجار لكونه مفضيا إلى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر، لأن المسافرة أيضا من صنيعهم ، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب فى الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك . وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر ، وعنه وعن أبى حنيفة أنه إن دفع إليه فى بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع إليه فى غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد فى الغالب ، إذ الإنسان لايستديم الغربة مع إمكان الرجوع ، فلما أعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه، فظاهر الرواية ماذكر فى الكتاب يريد قوله والمسافرة : يعنى أنها من صنع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشىء لايتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجروالإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاوالوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل)فكذا المضارب لايضارب غيره ،

(قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل) أقول : بخلاف المأذون لأن الثابت

بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه ، وبخلاف الإقراض حيث لايملكه . وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هومن صنيع التجار وليس الإقرار[1] منه وهو[2] تبرّع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لايجوز الزيادة عليه ، أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ،وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول[3] . قال(وإن خص له ربّ المال التصرف فى بلد بعينه أوفى سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه[4] توكيل . وفى التخصيص فائدة فيتخصص[5] ، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لايملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال (فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له ، وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق ،

والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين ، فإنها أمثال لما يجانسها ، وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لايضارب غيره ،انتهى كلامه . أقول : الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولايرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لايجوز فيهما الإيداع والتوكيل ، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور فى الكتاب وهو قوله لأن الشىء لايتضمن مثله فلا يتم التقريب . والوجه فى الجواب عن النقض بتلك الصورما ذكر فى بعض الشروح من أن الكلام فى التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية . أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية ، وأما المكاتب فلأنه صار حرّا يدا ، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة(قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية : فإن قيل قوله

والجواب عن البواقى سيجىء فى مواضعها (بخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونه فيتضمنهما ، وبخلاف الإقراض فإنه لايملك به ، وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لايجوز الزيادة على القرض ، أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول) يعنى قوله اعمل برأيك. فإن قيل : إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغى أن يترجح على جهة العدم . أجيب بأن كلا من جهتى الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وإن خص له ربّ المال التصرف فى بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل فى شىء معين يختص به (وفى التخصيص) فى بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان ، وفى عدم استحقاق النفقة فى مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لايملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لأنه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذى عينه سقط الضمان كالمودع المخالف إذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق) فإن قيل : قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة ، وإذا

بالإذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الأصلية ، ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك ما فى تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقى سيجىء فى مواضعها) أقول : أى من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقى كما سيجىء فليتأمل (قوله أجيب بأن كلا من جهتى الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها)أقول : الأظهر فلا يترجح أحدهما بالأخرى (قوله وفى التخصيص فى بلد بعينه) أقول : فى تخصيصه بالبلد كلام ، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر

وكذا إذا ردّ بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء بها هاهنا هو رواية الجامع الصغير ، وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج. والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذى عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب . وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد ، إلا إذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد . أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج اهـ . أقول : قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتى من أن شرط الشراء فى رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لأصل وجوبه ، وإنما وجوبه بنفس الإخراج ، إذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضا ، فالحق فى الجواب أن يكتفى بأن يقال : إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالا موقوفا ، فإذا لم يشتر وردّ المال إلى البلد الذى عينه ربّ المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها ، والعقد إنما لا يرجع إلا بالتجديد فيما إذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شىء (قوله إلا إذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) قال فى معراج الدراية : فإن قيل : يشكل على هذا ما ذكر فى الذخيرة أنه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهى إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . قلنا : هذا مخالفة بالخير

زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد . أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال . وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج (وإذا اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذى عينه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء فى يده بالعقد السابق ، وأما إذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه فى ذلك القدر والباقى على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى ، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفى ذلك تعريفها . والجواب أن الجزء معتبر بالكل ، وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضررا ، ولا ضرر عند الضمان ، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط . قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذى عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء) يعنى فى الجامع الصغير (للتقرر لا لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى فقال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبنى على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح ولغو عند السكوت عنه ، فالأول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم ، والثانى كصورة النقض فإن البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضرا . وأما الثالث فكالنهى عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث أن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع فى محله ليس له أن يحفظ فى غيرها ، وقد تختلف الأسعار أيضا باختلاف أماكنه ، وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كما كان واحد كما إذا شرط الإيفاء فى السلم بأن يكون فى المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهى لولاية الحجر ولم يعتبر عند

(قوله وغيره) أقول : أى غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول : أى من كل وجه (قوله فإن البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة)

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أوفى مكان كذا ، وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لأنه تفسير له ، أو قال فاعمل به فى الكوفة لأن الفاء للوصل أوقال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ،

فلا يكون مخالفة خلافا لزفر ، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لزفر لأنه مخالفة بالخير اه . أقول : فى كل واحد من السؤال والجواب خبط . أما فى الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح ، إذلم يذكر كون الجواب فى عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافى الذخيرة ولا فى شيء من الكتب الشرعية . وأما فى الثانى فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لايكاد يصح بعد درج العكس المذكور فى الإشكال ، لأنه إذاكان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة فى العكس مخالفة بالخير أيضا ، وهذا ظاهر جدا ، فالصواب أن يطرح حديث العكس فى السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا الخ) يعنى أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ ، ومقصوده التمييز بين مايفيد التخصيص من الألفاظ وما لايفيد ذلك منها ، وجملة ذلك على ماعينوا ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا ، واثنان منها لاتفيده فتعتبر مشورة . والضابط فى التمييز مايفيد التخصيص عما لايفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة مالايصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ، ومتى ذكر عقيبها مايصح الابتداء به لايجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ماذكر هاهنا فى جملة الشروح والكافى . أقول : فيه شيء ، وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الألفاظ الستة التى تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما مايصح الابتداء به فى باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو ، وقوله اعمل به بغير الواو ، فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغى أن يكون قوله تعمل به فى الكوفة بالرفع مما لايفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها ، لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فإن قيل : لماذا لم تجعل الواو للحال كما فى قوله أدّ إلىّ ألفا وأنت حر؟ قلنا : لأنه غير صالح للحال

السكوت عنه ، والله أعلم . قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص : وتقرير كلامه : ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا : أى بهذه الألفاظ ، والغرض من ذكره التمييز بين مايدل منها على التخصيص وما لايدل ، وجملة ذلك ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة ، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لايفيده هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لايصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو ، وإذا أعقبه مايصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا ، أو قال خذه تعمل به فى الكوفة مجزوما ومرفوعا ، وكلام المصنف يحتملهما ، أو قال فاعمل به فى الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ، ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة مالايصح الابتداء به حيث لايصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم ، فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر ، وهذا يفيد صيانة المال فى المصر ، وقوله تعمل به فى الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة ، وقوله فاعمل به فى الكوفة فى معناه لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له ، وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، ويقتضى الإلصاق موجب كلامه وهو العمل

أقول : جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع إليه ، وقوله ثمن للنسيئة خبر كان (قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول : شرطا مفعول ثان لجعل (قوله و قوله تعمل به فى الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول : ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا .

ولو قال على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة ، بخلاف ما إذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة ، أو دفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثانى التقييد بالنوع ، وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك . قال (وكذلك إن وقّت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيتوقّت بما وقّته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان . قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ؛ ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لايدخل فى المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود . قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (فإن كان فى المال ربح لم يجز له أن يشترى من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

هاهنا لأن حال العمل لايكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ ، كذا فى النهاية وعامة الشروح . أقول : ينتقض هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فإنهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة ممايفيد التخصيص ، وقد صرح فى النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على إعرابين : بالرفع على الحال ، وبالجزم على جواب الأمر ، مع أن العلة التى ذكروها

بالمال ملصقا بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها ، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب مايصح الابتداء به ، أما بغير الواو فواضح ، وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال : إن فعلت كذا كان أنفع . فإن قيل : فلم لاتجعل الواو للحال كما فى قوله أدّ إلىّ ألفا وأنت حرّ ؟ أجيب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا ، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لاحال الأخذ ، ولو قال خذه مضاربة على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به فى المعاملة لتفاوت الناس فى المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة فى الحساب والتنزّه عن الشبهات ، بخلاف ما إذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أو دفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول : يعنى من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة ، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفى . وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لامعتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعنى غير المكان فى الأول ، والنوع فى الثانى دليل على التقييد ، ويتضمن الجواب عما يقال إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفى لامن غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها . وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف ، والعرف فى ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ، ولما لم يخص المعاملة فى الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دلّ على أن المراد بها نوع الصرف وقد حصل ذلك . وقوله (وكذلك إن وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان ، والله أعلم . قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على ربّ المال الخ) وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على ربّ المال لقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى ، وذلك لايتحقق فى شراء القريب لعتقه فالعقد لايتحقق فيه . وفى هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فإن الوكيل بشراء

(قوله وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به) أقول : إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لايجوز الابتداء به ، وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل (قوله لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لاحال الأخذ) أقول : وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر .

وإن لم يكن فى المـال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف ، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المـال شيئا) لأنه لا صنع من جهته فى زيادة القيمة ولا فى ملكه الزيادة ، لأن هذا شىء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد فى قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الورثة . قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

فى الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهى كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها فى قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا ، وإن قالوا هذا حال مقدرة كما فى قوله تعالى ـ محلقين رءوسكم ومقصرين ـ يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك فى قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الإشكال بذلك الجواب . ثم أقول : الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال : إن قوله واعمل به بالكوفة جملة إنشائية : وقد تقرر فى العلوم العربية أن الجمل الإنشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها ، وهذا مع وضوحه جدا كيف خفى على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الإشكال ، والشارح العينى قد اعترض على الجواب الذى ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما فى قوله تعالى ـ محلقين رءوسكم ـ ولم يزد على هذا شيئا فهو أيضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الإنشائية لأن تقع حالا . ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العينى وقصد توجيه الجواب الذى ذكره العامة فقال : وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضا غافل عن عدم صلاحية

عبد مطلقا إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا ، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود فى الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل ، وقيد بقوله اشتر لى عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ، ولهذا أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح ، بخلاف البيع الفاسد لأن بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ، ولو فعل أى اشترى من يعتق على رب المـال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف ، وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولى والمولى ، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير ربّ المـال بين أن يستردّ المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة دينا عليه ، وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل : إما أن يكون فى المـال ربح أو لا ، فإن كان لم يجز له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المـال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبى حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف فى تجزؤ الإعتاق فيمتنع التصرف المقصود ، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة . وإن لم يكن فى المـال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المـانع من التصرف حيث لا شركة له ، فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ، ولم يضمن لربّ المـال شيئا لأن ازدياد القيمة وتملكه الزيادة : أى نصيبه من الربح أمر حكمى لا صنع له فى ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره ، كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد فى قيمة نصيب ربّ المـال من العبد وهو رأس المـال وحصة ربّ المـال من الربح لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما فى الوراثة . قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر ، فإن شاء رب المـال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا ، وإنما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق فى حق الولد ، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب

والمدعى موسر . فإن شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح . لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما : أعنى الأم والولد مستحق برأس المال ، كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لايظهر الربح كذا هذا ، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة . لأن ذلك إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ؛ أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه . وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه فى بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدّى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتبست ماليته عنده ، وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة ،

ذلك لأن يقع حالا (قوله والمدعى موسر) قال الشراح : وإنما قيد بقوله والمدعى موسر لنفى شبهة هى أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق فى حق الولد ، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لايضمن اه كلامهم . أقول: لايذهب على ذى فطرة سليمة أن القيد المذكور لاينفى الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها ، سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لايضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم . وإنما الذى ينفى الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتى بقوله ولا يضمن لربّ المال شيئا من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولاصنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد اه . فالظاهر فى تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال : إنما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إعساره ، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه فى حالة يساره فلأن لايجب ذلك عليه فى حالة إعساره أولى ، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل

إذا كان موسرا ، ومع ذلك لايضمن ، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة فى الظاهر لصدورها من أهلها فى محلها حملا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه : أى الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال ، كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل واحد منها يساوى رأس المال ، كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوى ألفا فإنه لايظهر الربح ، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لايثبت الاستيلاد . واعترض بوجهين : أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا . والثانى أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوى ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح . وأجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال ، فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال . وعن الثانى بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة ، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا ، بخلاف العبدين فإنهما لايقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبى حنيفة قولا واحدا ، وعندهما أيضا فى رواية كتاب المضاربة : وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال ، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجودا وهو فراش النكاح ، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك ، فإذا زال المانع صار نافذا ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام ، لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا ، وإذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعد ذلك لحدوث الملك . وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه .

ويستسعيه فى ألف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له فى هذا المقدار . ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما ، وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب ربّ المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لايستدعى صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا ؛ بخلاف ضمان الولد على مامر .

أن يكون محمولا على حالة إعساره فقط (قوله ويستسعيه فى ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له فى هذا المقدار) قال فى الكافى : فإن قيل : لماذا لاتجعل الأمة رأس المال وجميع الولد ربحا ؟ قلنا : لأن مايجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى اهـ . واقتفى أثره فى هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب . وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين : وفيه نظر ، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهى من جنس رأس المال اهـ . أقول : نظره ساقط جدا ، لأنا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد ، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها . وعلى تقدير أن تجعل هى رأس المال تكون مملوكة لربّ المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولاتعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة ، وهذا مع ظهوره جدا كيف خفى على صاحب العناية ، فأورد النظر المزبور على الجواب الذى ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافى وشراح الكتاب وغيرهم . ثم إن بعض الفضلاء قال فى دفع النظر المزبور وجوابه : إن الاستسعاء مقدم ، لأن الولد أصل فى الدعوة والحرية والأم تتبعه ، وينبغى أن يكون مراد المجيب هذا اهـ . أقول : الجواب الذى ذكره هذا القائل وإن كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اهـ إلا أنه لايصلح أن يكون مرادا للمجيب بالجواب الذى هو محل النظر ، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التى لامدخل لها فى تمشية هذا الجواب ، إذ التقدم فى الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل فى اقتضاء كون الألف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية . ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبنى على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب . وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل. ثم إن الشارح العينى بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافى ، وبعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال : قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اهـ . أقول : لايرى لهذا معنى مفيد ، فإن ظهور الربح من جهته لايقتضى رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذ منه دون قيمة الجارية ، بل الألف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف .

وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه فى بعضه ، ولا يضمن لربّ المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ، لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا . وأصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا ، وضمان الإعتاق يعتمد ذلك ، وإن انتفى الضمان بقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق ، فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه ، وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق ، فإن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة ، ويستسعيه فى ألف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له فى هذا المقدار . قيل لم لاتجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا ؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس ،

(باب المضارب يضارب)

قال (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثانى حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لربّ المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر رحمه الله : يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرّر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة

(باب المضارب يضارب)

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر فى هذا الباب حكم المضاربة الثانية ، إذ الثانية تتلو الأولى أبدا فكذا بيان حكمها ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى . وذكر فيهما وجه آخر أيضا هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبدا . واختاره صاحب الغاية والعناية . أقول : فيه تعسف ، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة ربّ المال إلا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعا ؛ ألا ترى أن الثانى أبدا يتلو الأوّل ولكنه ليس بمركب من الأوّل

وفيه نظر ، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهى من جنس رأس المال ، ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما ، وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن . وضمان التملك لايستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل ، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن لشريكه نصيبه ، كالأخ تزوّج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فلكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه ، بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدى وهو لايتحقق بدون صنعه . وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب .

(باب المضارب يضارب)

مضاربة المضارب مركبة ، فأخرها عن المفردة . اختلف علماؤنا فى موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال ؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثانى حتى يربح ، فالموجب هو حصول الربح ، فإن ربح الثانى ضمن الأول لرب المال . وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، ثم رجع أبو يوسف وقال : ضمن بالدفع ، وبه قال زفر لأن مايملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره ، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه . ولهما أن دفعه إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى : أى موقوفا إن عمل ضمن وإلا فلا . ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل

(قوله وفيه نظر ، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ) أقول : وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل فى الدعوة والحرية والأم تتبعه ، وينبغى أن يكون مراد المجيب هذا .

(باب المضارب يضارب)

أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ؛ إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لايضمنه الأول ، وإن عمل الثانى لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به . ثم ذكر فى الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثانى . وقيل ينبغى أن لايضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع . وقيل ربّ المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى بالإجماع

وزمن نفسه قطعا ، وإنما المركب منهما الاثنان : نعم إن مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب فى العقل لكنه ليس بمدار الحكم فى هذا الباب كما لايخفى على ذوى الألباب (قوله وبعده إبضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى اه . أقول : ليس الأمر كما فهمه ، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إبضاع إنما هو الدفع لاعقد المضاربة : والذى ينافى الإبضاع ويلائم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لاالدفع نفسه . فإنه إنما يلائم الإيداع قبل العمل والإبضاع بعده لا التوكيل ، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره ، وهذا المعنى لايحصل من الدفع نفسه ، بخلاف عقد المضاربة كما لايخفى . وأما ما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه : ووجه المروى عن أبى حنيفة أن العقد المجرد لايوجب الضمان ، ولهذا لايضمن الفضولى بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك ذلك ، ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل اه . ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل ، ولاكلام فى أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة . وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة) قال فى النهاية ومعراج الدراية : أى الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذى ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة . وقال فى العناية وشرح العينى : أى وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة . أقول : لايحتمل أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما ؛ أى على المضارب الأول والثانى ، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين ، لأن المذكور فى الكتاب هو ضمان الأول لاغير ، ولم يمر من المصنف إلى الآن شىء يشعر بضمان الثانى أيضا ، فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما ، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف فى محله ، ووجوب الضمان على الثانى مما لم تشم رائحته قط إلى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد ، على أن المصنف هاهنا بصدد بيان ماذكر فى الكتاب من ضمان الأول لربّ المال ، وأما أنّ الثانى هل يضمن أيضا أم لا فيبينه بعد مفصلا

إيداع ، وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فصار مخالفا لاشتراك الغير فى ربح مال ربّ المال ، وفى ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره ، وهذا أى وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة ، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الأول لأن الثانى أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان . فإن قيل : إذاكانت الأولى فاسدة لم يتصوّر جواز الثانية لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم . أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثانى من الربح مقدار ماتجوز به المضاربة فى الجملة بأن كان المشروط للأوّل نصف الربح ومائة مثلا وللثانى نصفه (قوله ثم ذكر فى الكتاب) يعنى القدورى (يضمن الأول ولم يذكر الثانى وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغى أن لايضمن الثانى عند أبى حنيفة . وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع ،ومنهم من يقول ربّ المال بالخيار بين تضمين الأول والثانى) فى هذه المسئلة (بإجماع) أصحابنا

(قال المصنف : وبعده إبضاع ، أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى .

وهو المشهور ، وهذا عندهما ظاهروكذاعنده. ووجه الفرق له بين هذهوبين مودع المودع أن المودع الثانى بقبضه لمنفعة الأول فلايكون ضامنا ، أما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ماشرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما فى المودع ولأنه مغرور من جهته فى ضمن العقد . وتصح المضاربة والربح بينهما على ماشرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل ، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث .قال(فإذا دفع ربّ المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثانى وربح ، فإن كان ربّ المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلث وللمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثانى مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فيتصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى فيكون له فلم يبق إلا السدس ،ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثانى واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف

بقوله ثم ذكر فى الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثانى الخ فهو هاهنا بمعزل عنه (قوله لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر ، لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر . وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاتتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل .وعند أبى حنيفة رحمه الله لاتتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله . ولا يخفى أن الأهم بالبيان

(و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده)لكن لابد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثانى يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته فى الربح (فجاز أن يكون ضامنا . ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة) الثانية (لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به ربّ المال فصار كما إذا دفع مال نفسه ،وإن ضمن الثانى رجع على الأول بالعقد) أى بسببه (لأنه عامل له) أى للمضارب الأول (كما فى المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول . وأجيب باختلاف الجهة : يعنى أن المضارب الثانى عامل لنفسه بسبب شركته فى الربح وعامل لغيره من حيث أنه فى الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع ،والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ، ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ(ولأنه مغرور من جهته فى ضمن العقد) فإن الأوّل قد غرّه والثانى اعتمد قوله فى ضمن عقد المضاربة والمغرور فى ضمن العقد يرجع على الغارّ (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطا ، لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح الثانى ولا يطيب للأوّل لأن الثانى يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولايعرى عن نوع خبث) لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق .قال (فإن دفع إليه ربّ المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لايحتاج فيها إلى شرح ، وإنما قال يطيب لهما ذلك : أى للمضارب الأول والثانى الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ، ألاترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه ربّ المال حتى ربح كان نصيب

(قوله واعترض ، إلى قوله : وأجيب باختلاف الجهة) أقول : المعترض والمجيب هو الإتقانى (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول : أى عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول : الظاهر أن اللام للمنفعة .

درهم (وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثانى الثلث والباقى بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولوكان قال له فما ربحت من شىء فبينى وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثانى النصف والباقى بين الأول ورب المال) لأن الأول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة ربّ المال فيستحقه ، وقد جعل ربّ المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى فلى نصفه ، أو قال فما كان من فضل فبينى وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شىء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثانى إلى جميع نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الأول بغير شىء ، كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثانى ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ويضمن المضارب الأول للثانى سدس الربح فى ماله) لأنه شرط للثانى شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الإبطال ، لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما فى عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غرّه فى ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه ، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

(فصل)

(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)

والتعليل هاهنا قول أبى حنيفة لكونه المذكور فى الكتاب ، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغى أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل فى التوجيه .

(فصـــل)

(قوله وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وقد تكلم الشراح فى أمر التقييد بعبد ربّ المال فيها فقال صاحب النهاية : التقييد

المضارب من الربح طيباله وإن لم يعمل بنفسه ، وإنما قال غرّه فى ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن فى ضمنه لايوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه .

(فصـــل)

لما كان للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو ربّ المال حكم غير ماذكر ذكره فى فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز)فقوله ولعبد ربّ المال

(فصل وإذا شرط المضارب)

(قال المصنف : ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول : قال الكاكى : قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعى وبعض

لأن للعبد يداً معتبرةً خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ، ولهذا لايكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على مامر ، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فهو للغرماء . هذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لايصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك ، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ماعرف ، والله أعلم .

بعبد ربّ المال لا للشرط ، فإن الحكم فى عبد المضارب كذا أيضا ، ونقل عن الذخيرة والمغنى تفصيلا يدل على ذلك . وقال صاحب معراج الدراية : التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط ، فإن حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط الأجنبى ، وكذا كل من لايقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له . وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعى وبعض أصحاب أحمد وفى غيره لاخلاف . وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل ربّ المال انتهى كلامه . وردّ عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه : وفيه بحث ، لأنه لاخلاف فى جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبى على أن يكون له الثلث انتهى . أقول : لايفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول

فى مقابلته شيئان : عبد المضارب ، والأجنبى ، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثانى ، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبى على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين ، وإن لم يشترط وعمل الأجنبى معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل ، ويجعل الثلث المشروط للأجنبى كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال ، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شىء . وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلا ، إما أن يكون على العبد دين أولا ، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد ربّ المال ، لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط فى حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح فى حقه جعلناه شرطا فى حق مولاه ، لأن ماهو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين ، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبى حنيفة لا يصح الشرط ، والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب ، لأنه لايملك كسب عبده عند أبى حنيفة إذا كان على العبد دين ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد ربّ المال فالمشروط لربّ المال بلا خلاف ، وأما إذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور فى الكتاب صريحا فهو جائز على ماشرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يدا معتبرة لا سيا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ، ولهذا) أى ولأن للعبد يدا معتبرة (لايكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ، ولهذا) أى ولكون اليد معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعنى إذا كان مديونا على ماسيجىء (وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على مامرّ ، وإذا صحت المضاربة) والشرط (يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإذا كان عليه دين فهو للغرماء ، هذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر .

أصحاب أحمد . وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى . وفيه بحث ، لأنه لاخلاف فى جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبى على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازا عن الثانى) أقول : فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للأجنبى) أقول : عبدا أو حرا ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما .

(فصل فى العزل والقسمة)

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ماتقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مرّ من قبل .

أصلا ، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف فى جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قبل، وفى غيره لاخلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة . ثم إن محصول ذلك المنقول أنه إذا كان فى عبد ربّ المال خلاف لا فى غيره كان ذكر عبد ربّ المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به ، وهذا مما لايقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لايخفى على الفطن . وقال صاحب العناية : قوله ولعبد رب المال فى مقابلته شيئان : عبد المضارب، والأجنبى ؛ وليس ذلك باحترازعن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثانى ، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبى على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبىّ معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل ، ويجعل الثلث المشروط للأجنبى كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شىء انتهى كلامه . أقول : فيه بحث لأنه لايكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد ربّ المال عن الأجنبى أصلا : أى سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط . أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبى حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصوّر الاحتراز مع الاتحاد فى الحكم. وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط ، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبيا ؛ فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لابقوله ولعبد رب المال ؛ ألا ترى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبى ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الأجنبى الذى لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل فى الاحتراز عنه أصلا. وقال صاحب الكفاية : التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم فى عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه . أقول : هذا هو الحق عندى، ولقد أشار إليه المصنف فى تعليل المسئلة حيث قال لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له ، ثم قال : وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف .

(فصل فى العزل والقسمة)

أى فى عزل المضارب وقسمته الربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد ذلك ، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله وإذا مات ربّ المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال فى العناية أخذا من النهاية :

(فصل فى العزل والقسمة)

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذى يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة فى هذا الفصل . قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم ، وبموت الموكل تبطل الوكالة . وردّ بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال

(فصل فى العزل والقسمة)

(وإن ارتدّ ربّ المال عن الإسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

وردّ بأنه لوكان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لوهلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى ، وبأنه لو كان توكيلا لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به ، وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل. والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه . يريد بالجواب الآتي عن الردّ الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الأولى . وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية . وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة . أقول : الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث ، وبذلك لايحصل الجواب عن الردّ بالوجوه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة ، وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لايظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل ، بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الردّ والإشكال . فإن قلت : المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة . قلت : فحينئذ لايفيد الدليل المدعى ، إذ لايلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الأحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب . فإن قيل : المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملته ما نحن فيه . قلنا : فحينئذ لايصلح ماذكر في معرض الدليل لأن يكون دليلا أصلا لصيرورته أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وإن ارتدّ رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح : هذا إذا لم يعد مسلما ، أما إذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان . أما قبل القضاء بلحاقه فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لاتوجب بطلان المضاربة . وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط . أقول : فيه إشكال ، أما أوّلا فلأنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لومات حقيقة ؟ اللهم إلا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضا فإن المضارب لاينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب . وأما ثانيا فلأنه إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما إذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما إذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتأمل . ثم أقول : الذي يظهر من

مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا ، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى ، وبأنه لوكان توكيلا لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به ، وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل ، والجواب عن ذلك كله سيأتي . (وإذا ارتدّ رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) : يعني إذا لم يعد مسلما ، أما إذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده

(قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول : قال الإتقاني : فإنه إذا رجع الموكل مسلما لاتعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد ، وقد صرح في باب عزل الوكيل .

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة ، ولا توقف فى ملك رب المال فبقيت المضاربة . قال (فإن عزل ربّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت فى الربح ، وإنما يظهر بالقسمة وهى تبتنى على رأس المال ، وإنما ينقض بالبيع . قال (ثم لايجوز أن يشترى بثمنها شيئا آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فإن عزله و رأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجزله أن يتصرف فيها) لأنه ليس فى إعمال عزله إبطال حقه فى الربح فلا ضرورة : قال : وهذا الذى ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن

تعليل المصنف هذه المسئلة ، ومما ذكر فى بعض المعتبرات أن لايكون فرق فى بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلما وبين ما إذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه . أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلأنه قال فى تعليله إياها لأن اللحوق بمنزلة الموت عندنا ، ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته ، ولايخفى أن المضاربة لاتبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر ، فكذا بما هو بمنزلة الموت. وأما ظهوره مما ذكر فى بعض المعتبرات فلأنه قال فى البدائع : ولو ارتدّ رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف فى قول أبى حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم فى جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا ، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التى تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته ، فإن مات أو قتل على الردة أولحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة اه . ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ، ومن قوله على الرواية التى تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ، ولوعاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التى لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته ، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أوقتل على الردة أولحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيا سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وإن عاد مسلما . وقال الإمام الإسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد : ولو ارتدّ رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضى يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال فى قياس قول أبى حنيفة . وقال أبويوسف ومحمد : هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ، ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق ، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضى حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت ردّته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه . ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لوعاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) فى معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان : أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد

فكانت المضاربة كما كانت ، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهى لاتوجب بطلان المضاربة ، وأما بعده فلحق المضارب كما لومات حقيقة ، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبى حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده ، فكذا تصرف من يتصرف له . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أولحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطا لأن له عبارة صحيحة ، لأن صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل فى ذلك ، والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتدّ لتعلق حق الوارث ، ولا توقف فى ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة ، خلا أن ما يلحقه فى العهدة فيا باع واشترى يكون على رب المال فى قول أبى حنيفة ، لأن حكم العهدة يتوقف بردته ، لأنه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه ، فكان كالصبى المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء . وفى قول أبى يوسف ومحمد حالته فى التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال . قال (فإن عزل ربّ المال المضارب الخ)

بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لايظهر إلا به وصار كالعروض ،

رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولوكان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها : أى هى غير باطلة . وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة فيكون المعنى : ولوكان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها : أى لايتوقف تصرفه عند أبى حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا . وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال فى شرح قول صاحب الوقاية : وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا ، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لاتبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة اه . واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح ، وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقا واللحاق المبطل إلى المالك فقط ، فدلت على أن لحاق المضارب لايبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه . أقول : ذلك المعنى ليس بصحيح عندى ، إذ قد تقرّر فى باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام . ولقد أفصح عنه المصنف فى هذا الفصل أيضا حيث قال فى تعليل بطلان المضاربة : إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب لأن اللحوق بمنزلة الموت ، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه . فإذا كان كذلك فأنى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا ، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به فى المعتبرات . قال فى البدائع : وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته فى الردة كونه قبل الردة ، وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لأن ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه اه . فالحق هو المعنى الثانى وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله فى تعليله ، ولا توقف فى ملك رب المال ، إذ لاريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف فى ملك رب المال عند أبى حنيفة إذا كان هو المرتد ، والتوقف فى ملكه عنده إنما يكون قبل اللحاق لابعده ، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضا مايكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول فى التعليل ، ويشير إليه زيادة الشراح قيد فى قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا ، إذ لاشك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد ، ولا خلاف فيه بعد اللحوق ، وإنما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة ولايتوقف عندهما بل ينفذ ، فلابد أن يكون المراد بالوفاق فى بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر

إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته ، وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه ، وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لأن حقه قد ثبت فى الربح بمقتضى صحة العقد ، والربح إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه ، ورأس المال إنما ينض : أى يتيسر ويحصل بالبيع ، ثم إذا باع شيئا لايجوز أن يشترى بالثمن شيئا آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس فى إعمال عزله إبطال حقه فى الربح لظهوره فلا ضرورة فى ترك الأعمال . قال : هذا الذى ذكره إن كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أوعلى القلب له أن يبيعه بجنس رأس

(قال المصنف : وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها) أقول : الضمير فى قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية ، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه شئ .

وعلى هذا موت ربّ المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها . قال (وإذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض والمتبرع لايجبر على إيفاء ماتبرع به ،

(قوله وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ونحوها) وفى بعض النسخ : وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها ، فكلمةهذافى قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله لايمنعه العزل من ذلك : يعنى لاينعزل المضارب بالعزل الحكمى إذا كان المال عروضا بل يبيعهابعد العزل ، كما لاينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين . ثم إن ضمير المؤنث فى قوله ونحوها راجع إلى العروض : أى ونحو العروض فى حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب . هذا ماذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندى . وأما صاحب غاية البيان فقال : وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا. والضمير فى ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويل المنية فينبغى أن يقال برفع الواو . أقول : فيه نظر ، لأنه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى ، أما على النسخةالثانية فظاهر ،لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا، وقد ذكر هذا صريحا فى تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت. وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت فى بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهوباطل . ثم قال صاحب الغاية: ويجوزأن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث كما فى قوله • كما شرقت صدر القناة من الدم • فعلى هذا يقال بجر الواو . أقول : هذا أيضا مع كونه تعسفامن حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى ، لأنه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر فى مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك . ثم قال : ويجوزأن يرجع إلى العروض على معنى فى بيع العروض وفى بيع نحو العروض ، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس ، لأنها نحو العروض فى أن المضارب لاينعزل بموت رب المال اه كلامه. أقول :الآن حصحص الحق . والعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنهوكيل محض ، والمتبرع لايجبر على إيفاء ماتبرّع به) قال بعض الفضلاء : هذا منقوض بالكفيل فإنهمتبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اه . أقول : هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغيرالملتزم لايجبر على إيفاءماتبرع به ، والكفيل ملتزم لأن يطالب بماعلى الغير على ماعرف فى محله فلا يرد النقض به ، وبعبارة أخرى أنالمراد أن المتبرع لايجبر على إيفاء ماتبرع به فىالعقود الغير اللازمة ،والكفالة عقد لازم على ماعرف أيضا فى محله فلا انتقاض .ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهومجرىعلى موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم »على مامرفى كتاب الكفالة ، فلا ضير فىخروجه ، إذ القياس ترك فيه بالنص وبقى على حاله فيما عداه فتأمل

المالاستحسانا لأن الربح لايظهرإلا به وصاركالعروض(قوله على هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمى كالقصدى فى حق المضارب . فى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمى ، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت فى ذلك بين العزلين (وإذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجيروأجره الربح ،وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض)حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع

(قال المصنف : وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لايجبر على إيفاء ماتبرع به الخ) أقول : هذا منقوض بالكفيل ، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ماتبرع به فتأمل ،ثم المضارب لايجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات .

(ويقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا بد من توكيله وتوكله كى لا يضيع حقه . وقال فى الجامع الصغير : يقال له أجل مكان قوله وكل ، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضى لأنهما يعملان بأجر عادة . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ماهو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو فى الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما فى يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (وإذا استوفى رأس المال ، فإن فضل شىء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد ، وهلاك المال فى الثانى لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر .

(فصل فيما يفعله المضارب)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال فى غاية البيان : وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا ، بل كان ينبغى أن تذكر المسائل المذكورة فيه فى أول الكتاب

لا يجبر على إيفاء ما تبرع به) فإن قيل : رد رأس المال على الوجه الذى قبضه واجب عليه ، وذلك لا يتم إلا بالقبض ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . أجيب بأنا لا نسلم أن الرد واجب ، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) فإذا فعل ذلك فقد زالت يده ، ولا بد له من ذلك (لأن حقوق العقد ترجع إليه) فإن لم يوكل يضيع حق رب المال (وفى الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان فى الكلام استعارة ، ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل ، وإنما فسره بذلك لأن أجل ربما يوهم أن رأس المال دين فى ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعنى الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البياع والسمسار) وهو الذى يعمل للغير بيعا أو شراء فإنهما (يجبران على التقاضى لأنهما يعملان بالأجر عادة) وإذا وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستئجاره قلما يخلو عن فساد ، لأنه إذا استؤجر على شراء شىء فقد استؤجر على ما لا يستقل به ، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده ، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة . والأحسن فى ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكيلا معينا له ، ثم إذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل ، هكذا روى عن أبى يوسف ومحمد . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الأصل فى هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال . قال النبى صلى الله عليه وسلم « مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله » فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه ، أو قال فرائضه ، ولأن رأس المال أصل والربح تبع ، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل ، فمتى هلك منه شىء استكمل من التبع ، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين ، وإن اقتسماه ترادا لأن القسمة تفيد ملكا موقوفا إن بقى ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا له ، وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

(فصل فيما يفعله المضارب الخ)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لايبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب ؛ وليس له أن يشترى سفينة للركوب ،وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لايضمن لأن له آن يقايل ثم يبيع نسيئة ، ولاكذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك.وأما عند أبى يوسف فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء . بخلاف الوكيل لأنه لايملك الإقالة . ولواحتال بالثمن على الأيسر أو الأعسرجاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ، والأصل أن مايفعله المضارب ثلاثة أنواع : نوع يملكه بمطلق المضاربة وهوما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ماذكرنا ، ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ماذكرناه من قبل. ونوع لايملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك،وهو مايحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أوشركة إلى غيره وخلط مال

عند قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع ،إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكرهنا ما لم يذكر ثمة انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لايجدى شيئا فى دفع ما ذكره أولا ، لأن زيادة الإفادة إنما تقتضى أن لايقتصر على ما ذكرنا فى أول الكتاب ، بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ، ولا تقتضى أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا فى فصل على حدة فبقى مقتضى القياس الذى ذكره فى أول كلامه على حاله تبصر. وقال فى النهاية والعناية : ذكر فى هذا الفصل مالم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى . أقول : لايرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ، ولكن فيه شىء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة ينافى فى الظاهر قوله ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب ،لأن الإعادة تقتضى الذكر مرة أولى ، وقد قال أولا مالم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب ، وحل ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال المضارب لاإعادة خصوص ماذكرها هنا ، وإعادة جنسها إنما تقتضى ذكر جنسها مرة أولى لاذكر خصوص ما يعاد من جنسها

ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة . قال(ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا ، فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك ، إلا إذا باع إلى أجل لايبيع التجار إليه . قال فى النهاية : بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ، ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب وليس له أن يشترى سفينة للركوب . قيل هذا فى مضارب خاص كالطعام مثلا ، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاما يحمله عليها. وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لايجوز ، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه ، وله أن يستكريها : أى السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار ، فإنه إذا اشترى طعاما لايجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة فى الطعام، وله أن يأذن لعبد

(قوله أى السفينة والدواب مطلقا) أقول : أى سواء كان فى نوع خاص أو مطلقا (قال المصنف : وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة) أقول : إيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له أن يشترى .

المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض لايتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة فى التثمير ، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك . ونوع لايملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة ، وهو أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولايرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ، ولوأذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما ،نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض . قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبى يوسف أنه يزوّج الأمة لأنه من باب الاكتساب ؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة. ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لايتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لايدخل تحت المضاربة فكذا هذا . قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى ربّ المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)

فلا منافاة بتأمل (قوله لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول : فيه شىء ، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعى ، إذ لايجرى فى صورة خلط مال المضاربة بماله وهى داخلة أيضا فى المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية : وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة ، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا ، وبه صرح فى الذخيرة والمبسوط انتهى . أقول : الظاهر فى بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإبضاع ببعض المال أن يقال حيث

المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لايملك الإذن فى التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة . والفرق بينهما أن المأذون لايصير شريكا فى الربح، ولو باع نقدا ثم أخر الثمن جاز بالإجماع . أما عند أبى حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكا فى الربح أو بعرضية ذلك ، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم ، والمضارب لايضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنيع التجار ، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أخر الثمن لأنه لايملك الإقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته . وأما عند أبى يوسف فلأن المضارب يملك الإقالة والبيع نسيئة كما قالاه، وإن كان الوكيل لايملك ذلك.ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشترى أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز ، فكذا إذا قبل الحوالة ولأنه من صنيعهم ، بخلاف الوصىّ يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظرى فلابد وأن يكون المحتال عليه أيسر . ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال (ولا يزوّج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لايتضمن إلا التوكيل بها (وجوّز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة . والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لايدخل تحت المضاربة ، والله أعلم . قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى ربّ المال الخ) فإن دفع إلى ربّ المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة ، خلافا لزفر فإن ربّ المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون

(قوله إذا لم يصرح به) أقول : فيه بحث .

وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لاتصح إذا شرط العمل عليه ابتداء. ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لأنه يمنع التخلية ،وبخلاف ماإذا دفع المال إلى ربّ المال مضاربة حيث لايصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال ربّ المال وعمل المضارب ولامال هاهنا ، فلوجوزناه يؤدى إلىقلب الموضوع ، وإذا لم تصح بقى عمل ربّ المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى .قال (وإذا عمل المضارب فى المصر

قال شيئا من مال المضاربة ، فإن منشأ الإبهام إنما هومجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض ،ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لايخفى على الفطن ، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لايشتبه على ذى فطرة سليمة . وعن هذا قال صاحب النهاية : وهذا اللفظ كما ترى يقتضى أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة. وأما صاحب الكافى فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بإبضاع بعض المال غيره فقال : فإن دفع المضارب مال المضاربة أوشيئا منه إلى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهى مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر : تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ، ولهذا لاتصح إذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام . قال زفر : رب

مستردا للمال ، ولهذا لايصح اشتراط العمل عليه ابتداء.ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب. وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك ،والإبضاع توكيل لأنه استعانة ، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبى فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية . فإن قيل : رب المال لايصلح وكيلا لأن الوكيل من يعمل فى مال غيره ورب المال لايعمل فى مال غيره بل فى ماله . أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبى عن المال فجاز توكيله . فإن قيل: لوكان كذلك تصح المضاربة مع رب المال . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لايصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا ، فلو جوزناه لأدّى إلى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول : رب المال إما أن يصير بالتخلية كالأجنبى أو لا ، فإن كان الأول جازت المضاربة ، وإن كان الثانى لم يجز الإبضاع ، فالقياس شمول الجواز وعدمه . والجواب أنه صار كالأجنبى . قوله جازت المضاربة . قلنا: ممنوع لأن المضاربة تقتضى المال للدافع وليس بموجود، بخلاف البضاعة فإنها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه ،فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له(وإذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال شيئا من مال المضاربة ، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أوكلا ، وبه صرح فى الذخيرة والمبسوط ، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وباع واشترى ، فإن كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة ، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة ، وإن صار رأس المال عرضا لايكون نقضا لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضا لم يعمل فيها فهذا أولى . قال (وإذا عمل المضارب فى المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر فى وجوب النفقة فى مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس

(قوله فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول : وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب .

فليست نفقته في المـال ، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المـال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة ، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلى ، وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه ، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لامحالة فلا يتضرّر بالإنفاق من ماله، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد ، فلو أنفق من ماله يتضرّر به ،وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير ، وبخلاف البضاعة لأنه متبرّع . قال (فإن بقي شيء في يده بعد ماقدم مصره ردّه في المضاربة)لانتهاء الاستحقاق،ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقى في المصر ، وإن كان بحيث لايبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي مايصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ماذكرنا ، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فيموضع يحتاج إليه عادة كالحجاز . وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار . قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة ، وجه الظاهر أن الحاجة إلىالنفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على

المـال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لايصلح اشتراط العمل عليه ابتداء . أقول : هذا الشرح لايطابق المشروح ، فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المـال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك ، والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المـال متصرفا في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيلا فيه بناء على أن المرء لايصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : قال زفر : تفسد المضاربة لأن رب المـال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه ، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لايصلح

في السفر دون الحضر وذلك واضح .والقياس أن لايستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المـال لأنه بمنزلة الوكيل . والمستبضع عامل لغيره بأمره ، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح ،ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المـال الذي يعمل به ، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمـال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرّع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر ،وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإنفاق من ماله،أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل ، فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة، وإذا أخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه ردّه في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع ، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله ، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوق ، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ماتصرف إلى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أوكراء كل ذلك بالمعروف . وألحق بذلك ما كان من معدات تكثر تثمير المـال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالحجاز ، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة

(قوله وجعل الحد الفاصل ، إلى قوله : بمنزلة السوق) أقول : فيه بحث (قوله ماشيا في حوائجه) أقول : أي بنفسه .

الزوج ودواؤها فى مالها . قال (وإذا ربح أخذ رب المـال ما أنفق من رأس المـال ، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثانى ، ولأن الأول يوجب زيادة فى المـالية بزيادة القيمة والثانى لايوجبها . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أوحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوّع) لأنه استدانة على رب المـال فلا ينتظمه هذا المقال على مامر (وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ؛ وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه .

وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى (قوله فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أوحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية : وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ . أقول : هذا الكلام منه ليس بشىء ، لأنه إن أراد أن هذه المسئلة مرّت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا ، وإن أراد أنها مرت فى ضمن الأصل المذكور فيما مرحيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم ، ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثانى من ذلك الأصل فلا وجه لجعل الأولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك فى المرور بالمعنى المزبور ، بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار فى كل واحدة منهما على ما زعمه . فالحق أن كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ، ولاينافيه اندراجهما تحت أصل كلى مارّ . كيف وتفريع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد فى عامة المواقع (قوله وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال فى العناية : فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما . أجيب بأن الكلام فى مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط ، وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن . وقال : وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون، فإن كان مأذونا وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه . أقول : فى آخر كلامه اضطراب ، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن

النفقة ، والدواء يدخل فى ذلك فى غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن . ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب . قال (وإذا ربح أخذ رب المـال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المـال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المـال ، فإذا استوفاه كان ما بقى بينهما على ماشرطا ، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار ، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر فى الكتاب من الوجهين ، فإن كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أوحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المـال ، وهذا المقال لاينتظمه كما مر ، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ، وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبى حنيفة ، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة . وقوله اعمل برأيك ينتظمه ، فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على

(قوله وسائر الألوان كالحمرة) أقول : قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره (قوله لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول :تعليل لقوله فهو

(فصل آخر)

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزّا فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى

كونه غاصبا أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصبا إنما جعل فيا قبل فرعا لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصبا يقتضى اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيا قبل فرعا لكونه مأذونا ، فإذا اختاركونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا . فإن قلت: مراده أن لفعل المضارب هاهنا وهو صبغها أحد جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه، وثانيتهما الاستدانة على المالك ، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لامزيد عليه . قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذى أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذى ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام فى نفسه ، إذ لا يرى وجه يقتضى أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك، على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما فى فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا فى فعله هذا أو غير مأذون . ثم أقول: الصواب عندى فى دفع ماقيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب فى مال المضاربة وحده ، بل يعم التصرف فى مال المضاربة منفردا أو منضما إلى غيره مما له جهة فى التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرر فى بيان النوع الثانى من الأصل المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر .

(فصل آخر)

قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة ، وإن باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذى اشترى المضارب الثوب به ، وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقى على المضاربة ، بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا ، وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه ، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه . فإن قيل : المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما . أجيب بأن الكلام فى مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن ، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذونا وقع على المضاربة ، وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك .

(فصل آخر)

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها فى فصل على حدة. قال (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح ،

شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول : هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ماقيل المضارب الخ .

(فصل آخر)

ضاعا يغرم ربّ المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال : هذا الذى ذكره حاصل الجواب ، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد ، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على مانبين فيكون عليه فى الآخرة . ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ماينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما . قال (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ، ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع . قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا ، لأنه لما صار المال عينا

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة ، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التى لابد منها

ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها ، فالمضمون على المضارب والربح بينهما على ماشرطا ، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها . وتحقيقه ماذكره فخر الإسلام رحمه الله فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة ، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهى خمسمائة ، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقى على رب المال ، وإذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة ، وإذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لايصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لايصلح . ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة ، لأن ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع مايضمن بل يلحق برأس المال ، وإذا كان كذلك كان رأس المال فى ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وإن كان معه ألف) معناه واضح ، وقوله (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد . وقوله (إلا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز ، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستفد به ألفا لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله (قوله فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء إليهما ، فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة ، وإن فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا ، لأن رأس المال لما صار عينا

(قوله وصوله إلى الألف مع بقاء العقد) أقول : أى عقد المضاربة .

واحدا ظهر الربح وهوألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان . وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لاعلى المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع مايدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة فى يده ولا يصير مستوفيا ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لايرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ،

للمضاربة أخر ذكرها (قوله بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعدالشراء حيث لايرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب)يعنى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب

واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربع إن كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما إذا كان عينين فإنه لايظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة ،أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء مايخصه (والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعنى به ما إذا ضاع الألفان فى المسئلة المتقدمة حيث لاتنتهى المضاربة هناك (لأن جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد ، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه . وقوله (ولأن العبد كالزائل)لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهى بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ماتقدم) يريد به ما تقدم فى المسئلة المتقدمة ،وهى ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال فى يده أمانة) وقد هلك وقد بقى عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لايصير) المضارب (مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان ، وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لايرجع إلا مرة واحدة (لأنه أمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فإنه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه ، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعا ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين ، ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس فى الرواية ما ينفيه ، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ، ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لايستلزم الوقوع . ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما هاهنا فحق رب

(قوله فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول : يعنى حقه فى الألف المدفوع .

ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة ، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لايرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لايرجع لوقوع الاستيفاء على مامر .

يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا . قال صاحب العناية بعد هذا البيان : وفيه نظر ، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدّ قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعا ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما هاهنا فحق رب المال لايضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، وحمله على الاستيفاء يضرّ المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لايوجب الرجوع على المشترى انتهى . أقول : فى الجواب نظر . أما أولا فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان ، كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب صريح فى إثبات إمكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان فى صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب ، فكيف يمكن أن يقال : مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما . ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب فى صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاهنا . وأما ثانيا فلأن قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام ، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضرورى الغير الناشئ من صنع الوكيل إذ الكلام فيما إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدّ منه ولا محذور شرعا فى مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ، ألا ترى أن الوديعة إذا هلكت فى يد المودع من غير تعدّ منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لايجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب . وأما ثالثا فلأن قوله وأما هاهنا فحق رب المال لايضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمشّ فيما إذا هلك الألف والعبد معا ، إذ لايبقى حينئذ شىء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح ، والظاهر أن جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار فى هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور فى الكتاب . قال فى النهاية ومعراج الدراية : ذكر الإمام المحبوبى ثلاثة أوجه فى الفرق بين المضارب والوكيل : أحدها ما ذكر فى الكتاب . والثانى أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلا لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا ، فأما هاهنا فحق رب المال لايضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين . والثالث أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده ، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف فى كل مرة لرب المال فيرجع عليه فى كل مرة انتهى . أقول : فى كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر . أما فى الأول فلما عرفته آنفا ، وأما فى الثانى والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضى أن لايرجع

المال لايضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لايوجب الرجوع على المشترى . وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية تحوج إلى الفرق بينهما . وقوله (ثم فى الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل ، وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع فى الأول ويصير به مستوفيا ، وفى الثانى لايرجع أصلا وكلامه فيه واضح ، والله أعلم .

(قوله بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع) أقول : حيث يجرى بينهما مبادلة حكمية كما تقدم .

(فصل فى الاختلاف)

قال (وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلىّ ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أوّلا القول قول رب المال وهو قول زفر، لأن المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع إلى ماذكر فى الكتاب لأن الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض . ولو اختلفا مع ذلك فى مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ، ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ،

الوكيل على الموكل فى مرة أولى أيضا إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه فى المرة الأولى فى تلك الصورة . أما اقتضاء الثانى ذلك فلأن إبطال حق الموكل يتحقق بالرجوع فى المرة الأولى أيضا لعلة مذكورة . وأما اقتضاء الثالث إياه فلأن انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الأمانة بالانعزال ولو كان فى مرة أولى . وأيضا يرد على الوجه الثانى ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف . ثم أقول : الحق عندى فى الفرق بين المضارب والوكيل فى مسئلتنا هذه أن يقال : قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر فى كتاب الوكالة ، فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه ، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهلك بعد الشراء ، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل .

(فصل فى الاختلاف)

أى فى الاختلاف بين رب المال والمضارب

أخر هذا الفصل لأن الاختلاف فى الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية : وسماه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الأول ثم أقرضه اهـ . وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة . أقول : تسمية حد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا فى الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا ،

(فصل فى الاختلاف)

أخر هذا الفصل عما قبله لأنه فى الاختلاف وهو فى الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين . قال (وإن كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان فى مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلىّ ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب ، وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال ،

لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر . ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق ، والتخصيص بعارض الشرط ، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص ، والإذن

والأقرب عندى أنه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر فى أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى ـ تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك ـ وقول الشاعر :

قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لى جبة وقميصا

(قوله لأن المضارب يدعى عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك فى قول المصنف يدعى عليه التملك على تملك الربح حيث قال : هذا أى تملك الربح ، وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال : لأنه يدعى عليه تملك الربح . أقول : الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال ، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع تملك أصل المال فى هذه الدعوى ، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لايخلو عن قبح . أما أولا فلما أشرنا إليه من أن الأصل فى دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك ، وحمل التملك فى الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الأصل . وأما ثانيا فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادّعى المضاربة ، فإن المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادّعاء مجرد تملك الربح لايدل على تمام المدعى فيما نحن فيه ، على أن الشائع فى الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح . وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففى نفس صحته أيضا إشكال يظهر ذلك

وهو قول زفر لأن المضارب يدعى الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ، ثم رجع وقال القول للمضارب ، لأن الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض والقول فى ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض ، وإذا كان فى مقدار الربح مع ذلك : أى مع الاختلاف فى رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه : أى فى الربح لرب المال : يعنى وفى رأس المال للمضارب كما كان ، أما فى رأس المال فلما مر من الدليل ، وأما فى الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له ، فكذا إذا أنكر الزيادة ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل فى رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل فى الربح لأن البينات للإثبات ، وإذا كان فى صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول لرب المال ، لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة الربح وشرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر. ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا فى الأول ثم أقرضه ، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التمليك ، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن ، ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقاماها لأنها تثبت الضمان ، وإذا كان فى العموم والخصوص ، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال ، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر ، وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهيا له عن العموم . وله أن ينتهى عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصا فهاهنا أولى ، وإن كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا ، وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات ، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة ، وإذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالأصل فكان القول له . ولو ادعى كل واحد

يستفاد من جهته ، والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة ، ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة(قوله والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) قال صاحب النهاية : ورب المال أيضا محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه ، بل بينة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمرا عارضا وهو الضمان ، وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما فى بينة الخارج مع بينة ذى اليد ، فكان هذا مما يتأمل فى صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعده أيضا اهـ كلامه . وقال صاحب العناية : قال المصنف : لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة . واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفى ، وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لايحتاج إلى البينة . وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان . فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية ، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة إلى هنا كلامه . أقول : جوابه عن ثانى وجهى الاعتراض ليس بسديد ، لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذى يدعيه الآخر لامخالفته لإذن رب المال فإنه يدعى الموافقة له ، وسبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب . والصواب فى الجواب عنه أن يقال : عدم احتياج رب المال إلى البينة فى مسئلتنا هذه لا لأنه ليس بمدع شيئا ، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا ، فكان مايدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج إلى البينة ، ولهذه النكتة قال المصنف : وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر ، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية فى استشكال ماذكره المصنف هاهنا فتدبر(قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى) أقول : لقائل أن يقول : هذا مناقض لما ذكره آنفا من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير ربّ المال . ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أوّلا على عدم التوقيت . قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف : ولو وقتت البينتان الخ وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال . أقول : يرد عليه أن هذا ينافى ما ذكره المصنف من أن البينة بينة المضارب ، إذ لايمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى . ولقد أحسن صاحب النهاية فى أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ شيئا من المسائل التى زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ ، وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتى المضارب ورب المال فى دعوى الخصوص والعموم وفى دعواهما الخصوص واحدا ، وذكر ما فى الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التى ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل فى تحرير صاحب النهاية منسوبا إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة .

منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والإذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب . قال المصنف (لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفى ، وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لايحتاج إلى البينة . وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية ، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بينة (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول) وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال لأنه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك ، وإذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت ، والله أعلم .

(كتاب الوديعة)

(كتاب الوديعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر فى أول كتاب الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقى من الأدنى إلى الأعلى ، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شىء ، وفى العارية تمليك المنفعة بلا عوض ، وفى الهبة تمليك العين بلا عوض وفى الإجارة تمليك المنفعة بعوض وهى عقد لازم ، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان فى الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى، كذا فى الشروح . ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى فى الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا . قال عليه الصلاة والسلام « الأمانة تجرّ الغنى ، والخيانة تجرّ الفقر » وفى المثل : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك ، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك . ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك . عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « لينتهينّ أقوام عن ودعهم الجمعات » أى عن تركهم إياها . قال : شمر : زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع ، والنبى صلى الله عليه وسلم أفصح العرب ، وقد رويت عنه هذه الكلمة ، وسميت الوديعة بها لأنها شىء يترك عند الأمين ، كذا فى المغرب وبعض الشروح . قال صاحب العناية : وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى . أقول : فيه سماجة ظاهرة ، إذ ليست الوديعة فى اللغة بمعنى الترك ، وإنما الذى بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله ، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه ، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذى هو الترك . وقال جماعة من الشراح : الوديعة فى الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال . أقول : الظاهر أن الوديعة فى الشريعة أيضا هى المال المودع الذى يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ المال ، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع ، وعن هذا قال صاحب الكافى والكفاية : الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أىّ شىء كان مالا أو غير مال . يقال

(كتاب الوديعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مرّ فى أول الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقى من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تمليك بشىء . وفى العارية تمليك المنفعة بلا عوض ، وفى الهبة تمليك العين بلا عوض ، وفى الإجارة تمليك المنفعة بعوض ، وهى أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم . ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله فى إعانة عباد الله تعالى واستيجابه الأجر والثناء على ذلك . وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا . ومشروعيتها بقوله تعالى - إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها - بإطلاقه . وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين . وفى الاصطلاح التسليط على حفظ المال . وركنها : أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا ، فإن من وضع ثوبه بين يدى رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا ، لأن هذا قبول للوديعة عرفا . وشرطها : كون المال قابلا لإثبات اليد عليه ، لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشىء بدون إثبات اليد غير متصوّر ، فإيداع الطير فى الهواء والعبد الآبق غير

(كتاب الوديعة)

قال (الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع ، فلوضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ،

أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما ، والمال مودع ووديعة . وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى . حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعة ، وقالا : والمال مودع ووديعة . وأقول : فيما ذكر فى الكافى والكفاية أيضا شىء ، لأن محصول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثانى بالمال وتناول الأول المال وغيره ، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الأول أيضا بالمال ، لأن المذكور فيها عند بيان معناه ، يقال أودعته مالا : أى دفعته إليه ليكون وديعة عنده . فلو لم يكن له اختصاص بالمال فى اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال فى بيان معناه ، بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيئا أو دفعته إليه ليكون وديعة عنده ، والعجب أن صاحب الكافى والكفاية بعد أن قالا : الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أى شىء كان مالا أو غير مال قالا أيضا : يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده ، وليس فيما استشهدا به شىء يوهم العموم ، بل فيه مايشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة فى يد المودع الخ) قال صاحب النهاية : فإن قيل : الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوّز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا إلا على طريق التفسير كولك الليث أسد والحبس منع ، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة . قلنا : جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص ، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة ، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والأمانة هى الشىء الذى وقع فى يده من غير قصد بأن هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى حجر غيره ، والحكم فى الوديعة

صحيح . وحكمها : كون المال أمانة عنده . قال (الوديعة أمانة فى يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هى التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد ، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح فى ثوب فألقته فى بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص ، والوديعة أمانة فى يد المودع (إذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » والغلول والإغلال : الخيانة إلا أن الغلول فى المغنم خاصة والإغلال عام . قيل فيه نظر ، لأنه ذكر فى غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع . وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم (ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها ، فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها ، وفى ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذى يكون فى نفقة المودع فحسب ، فإن المرأة إذا أودع عندها شىء جاز لها أن تدفع إلى زوجها ، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن فى نفقته وتركه الأب فى بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لايعمل بمن فى عياله الخيانة ، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن ، وهذا إذا لم ينه عن الدفع إليهم (لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه) وهو إنما يحفظ ماله بمن فى عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعة ، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط ، فإنه روى عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس فى عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله أنه لايضمن

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هى التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول : مخالف لما تقدم فى الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والأمانة أعم من ذلك ، إلى قوله : جاز حمل الأعم على الأخص) أقول : فيه أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه ، بل المراد بالوديعة مايترك عند الأمين .

أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفى الأمانة لايبرأ بعد الخلاف . هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردرى إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب الكفاية : قال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله : الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص ، فالوديعة خاصة والأمانة عامة ، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والأمانة هى الشىء الذى وقع فى يده من غير قصد بأن هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى حجر غيره ، والحكم فى الوديعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق فى الأمانة ، إلى هنا كلامه . أقول : يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفوز يقتضى أن يكون بين الوديعة والأمانة تباين لاعموم وخصوص ، فإنه قد اعتبر فى الأولى القصد وفى الأخرى عدم القصد ، وهما لا يجتمعان فى مادة أصلا ، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وحكم الأخرى أن لايبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وهما متناقضان لايترتبان على شىء واحد فلا يتصوّر بينهما عموم وخصوص ، بل يتعين التباين ، وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب . وقال صاحب العناية هاهنا : قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هى التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح فى ثوب فألقته فى بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص اهكلامه . ورد ّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن الأمانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه ، بل المراد بالوديعة مايترك عند الأمين اه . أقول : قد كان لاح لى ما ذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للأمانة مع كلام آخر ، وهو أنه يلزم حينئذ أن لايصح قول المصنف الوديعة أمانة فى يد المودع ، إذ التسليط على الحفظ أمر معنوى لايمكن أن يكون فى يد المودع ، ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو مايحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الإسناد المجازى، فلا ينافى هذا أن تكون الوديعة فى الحقيقة مايترك عند الأمين فيندفع المحذوران المزبوران معا . ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيدا عن ظاهر اللفظ إلا أنه لابد من المصير إليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين فى هذا المقام، فإن ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ؛ ألا ترى أنه قال فى النهاية والكفاية : فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والأمانة هو الشىء الذى وقع فى يده من غير قصد ، وقال فى غاية البيان : لأن الوديعة عبارة عن كون الشىء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا ، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ . بقى هاهنا شىء ، وهو أن ماذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد فى الوديعة دون الأمانة مخالف لما صرحوا به فى أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فإنها وديعة فى يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوبا فى دار إنسان . وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضى المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقرّ لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد إليه قوله هناك ، حتى لو قال أودعنيها كان على هذا الخلاف ، وقد نبهت عليه هناك فتدبر . ثم إن صاحب النهاية بعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردرى كما مر قال : والأولى من الجواب فيه أن يقال : لفظ الأمانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده : أى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه ، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعمالة فى جميع الصور التى لاضمان فيها ، وأراد بالوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مبتدأ وخبرا اه . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة فى الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج إلى ذكر قوله إذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع إذا هلكت لم تضمن لكون الثانى مستدركا . ورد ّ عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه ، لأن العلم ماوضع لشىء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعرى أى ّ علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه .

لأنه لما كان موثوقا به فى ماله كان فى الوديعة كذلك

ولأنه لايجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لايمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به (فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لابيد غيره ، والأيدى تختلف فى الأمانة ، ولأن الشيء لايتضمن مثله كالوكيل لابوكل غيره ، والوضع فى حرز غيره إيداع ، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه . قال (إلا أن يقع فى داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك ، ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن فى الإيداع . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعدّ بالمنع ، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بإمساكه

أقول : دفع هذا سهل ، لأن لفظ الأمانة إن كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس ، كأسامة فإنه علم لجنس الأسد ، وسبحان فإنه علم لجنس التسبيح إلى غير ذلك من أعلام الأجناس التى ذكروها فى كتب النحو وبينوا دخولها فى تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد ، فمن أتقن مباحث ذلك فى محالها لايشتبه عليه الأمر فيما نحن فيه (قوله ولأنه لايجد بدّا من الدفع إلى عياله لأنه لايمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به) أقول : فيه شيء ، وهو أن قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة إلى عياله رضا المالك به ، وذلك يقتضى عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به ، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى مالابد له منه لم يضمن كما سيأتى فى الكتاب . فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لايجد بدا من الدفع إلى عياله ، فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله ، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضى سدّ باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع فى شرح القدورى للإمام الزاهدى (قوله فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضى بيده لابيد غيره ، والأيدى تختلف فى الأمانة) أقول : فيه أيضا شيء وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا إذا حفظها بيد

(قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك ، وهو أنه : أى المودع (لايجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لايمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به ، فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن ، لأن المالك رضى بيده لابيد غيره و) الحال أن (الأيدى تختلف فى الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغى أن يملك إيداع الوديعة أيضا ، وخطؤه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لايدل على جواز الإيداع ، لأن الإيداع استحفاظ لاحفظ (قوله ولأن الشيء لايتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فإن لهم ولاية فعل مافعل بهم ، والوعد بالجواب فى مظانها ولا بأس بذكره هاهنا إجمالا ، وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التمليك (والوضع فى حرز الغير إيداع) كالتسليم إليه فيوجب الضمان (إلا إذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله إلا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن ، فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفى الضمان ، لكنه متهم فى دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلابد من إقامة البينة . وقال فى المنتقى : إذا علم احتراق بيته قبل قوله يعنى بلا بينة . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متعدّ إذ المتعدى هو الذى يفعل بالوديعة

(قوله لأن الإيداع استحفاظ لاحفظ) أقول : فيه تأمل .

بعده فيضمنه بحبسه عنه . قال (وإن خلطها المودع بماله حتى لاتتميز ضمنها ثم لاسبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا : إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير . لهما أنه لايمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ، ولو أبرأ الخالط لاسبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لاحق له إلا في الدين وقد سقط ، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط ، وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لايخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة . ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء ، وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لايغلب الجنس عنده على ما مرّ في الرضاع ،

من في عياله لابيد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال : لأن المالك رضي بيدهم لابيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة ، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي حيث قال : لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من

مالايرضى به المودع فإذا طلبه لم يرض بعد ذلك بإمساكه وقد حبسه فصار ضامنا ، والخلط الثاني للتمييز تعدٍّ فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة . وقالا : إن خلط بالجنس شركه إن شاء ، مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير وإلا تعذر الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة ، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لأنه بالقسمة وهي من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لئلا ينقلب المعلول علة (ولو أبرأ) المالك (الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط . وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الإبراء إليه فتبقى الشركة في المخلوط و) إن خلط المائع بغير الجنس ك(خلط الخل) بالخاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذهبهما كمذهب أبي حنيفة ف(يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالإفراز ، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وإن خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل (اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لأن الجنس لايغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) إذا جمع بين لبن

(قال المصنف : ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول : فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة (قوله لأن أحدهما لايخلو عن حبات الآخر) أقول : هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ .

ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة . قال (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق . قال (فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطها بالباقى ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم . قال (وإذا تعدى المودع فى الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعى : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه ، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى

موجبات نفس الشركة اه . أقول : هذا ساقط ، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين فى شىء قسمة ذلك الشىء ، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدا ، فإنما الذى من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها ، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة ، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ، ونفس الشركة بعد أن

امرأتين فى قدح وصب فى حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لصيرورته مائعا بالإذابة وإن اختلطت بمال المودع من غير فعله ، كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لأنه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فإن هلك البعض كان من مالهما جميعا إذ الأصل فى المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقى على الشركة (فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقى ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا . لا يقال : فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ، ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقى منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقى ، فإن هذا مما لا يضره التبعيض إذ الكلام فيه ، وإن أخذ ولم ينفق ثم بدا له فرده إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه ، لأن أخذه لم يناف الحفظ ، وبمجرد النية لا يصير ضامنا ، كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل . قال (وإذا تعدى المودع فى الوديعة الخ) وإذا تعدى المودع فى الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان . وقال الشافعى رحمه الله : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا ، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافى الضمان ، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافى الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة ، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهى تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد . وعورض بأن الأمر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود . وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له من الأصل لأن بطلان الشىء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه ، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه ، ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل ، بخلاف الجحود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا لقول مثله ، ألا ترى أن الجحود فى أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها (قوله كما إذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ فى بعض أوقات كونها وديعة ، فصار كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم عاد إلى الحفظ فى الباقى فإنه ترك الحفظ فى بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا .

(قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده) أقول : قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة) أقول : الظاهر أن يقال وهو الخيانة .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد ، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع لايعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك ، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ، ولو جحدها عند غير صاحبها لايضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لايملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعي : ليس له ذلك

تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل : قالوا إذا كان الطريق آمنا ، فإن كان مخوفا ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لايضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله اهـ . أقول : هذا تحرير مختل وحل فاسد ، لأنه إن كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمنا شرطا

واعترض بأن هذا التنظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه . وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل . وقوله (فحصل الرد إلى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد إلى نائب المالك . وقوله (فإن طلبها صاحبها الخ) ظاهر . وقوله (ولو جحدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان ؟ فقال ليس له عندي وديعة (لايضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول : ما حال وديعتي عندك ؟ فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لزفر) وإنما ذكر خلافهما فحسب ، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة . قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط ، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فلذكر كذلك . وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة . ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة قالوا إذا كان الطريق آمنا ، فإن كان مخوفا ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لايضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ، ولا فرق بين السفر الطويل والقصير . وقالا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة ، وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة . لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيدا ، وعند محمد قريبا كان أو بعيدا . وقال الشافعي : ليس له ذلك في الوجهين : أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا . لأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الآمر أمره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لايتقيد بزمان . فإن قيل : سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ . أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا : أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي ، فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك . قيل مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة

(قوله قيل لأن هذا الخ) أقول : قائله السيد جلال (قوله وإن لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول : مخالف لما في غاية البيان .

فى الوجهين لأبى حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الأب والوصىّ فى مال الصبى . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، والظاهر أنه لايرضى به فيتقيد ، والشافعى يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر . قلنا : مؤنة الرد تلزمه فى ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم فى المصر لاحفظهم ، ومن يكون فى المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد (وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقييد مفيد إذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا . قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة ، وقالا : يدفع إليه نصيبه)

ومابعده جزاءه فسد المعنى جدا، إذيلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا ، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمنا فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذى ذكر فى الكتاب إذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما فى الكافى وسائر الشروح ، وكان قوله فإن كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا فى المسافرة بالوديعة، وكان قوله وإذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا فى المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا ، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمنا فى قوله قالوا إذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان لهبد من السفر ومالم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله فى التفصيل،وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا ، وإن أراد بذلك ماهو مقيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله فى التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر فى الكتاب ، على أن ماذكر فى الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ ، ويدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد : وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، ولم يذكر فى واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذى ذكره

فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا . وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ، ولئن كان استدلالا فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبىّ نظرية . وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف ، فلوكان فى السفر وهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت فى بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد ،والظاهر أنه لايرضى به فيتقيد به ، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير فى التجارات ، والشافعى يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر، فإنه إذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فإنه لايملك السفر بذلك المال ، وإن سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقا وهو لايتقيد بمكان ، فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالى به . وقوله (والمعتاد كونهم فى المصر) جواب عن قول الشافعى : يعنى أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع فى المصر (لاحفظهم ، فإن من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله إلى الأمصار (بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد ، وإذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد ، إذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) إذا تعدّد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها فى غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباق . وقالا : يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب ، حتى أن الباقى إن هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض. وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد

(قوله لأن ولايتهما على مال الصبى نظرية) أقول : لقوله تعالى ـ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ـ ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما .

وفى الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالا : له ذلك ، والخلاف فى المكيل والموزون ، وهو المراد بالمذكور فى المختصر . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما فى الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ماسلم إليه وهو النصف ، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه . ولأبى حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع ، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لايقع دفعه قسمة بالإجماع ،

صاحب العناية فى صورة إذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه ، وإنما ذكروا ذلك التفصيل فى صورة إن كان الطريق مخوفا أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه : فالصواب فى هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال : هذا كله إذا كان الطريق آمنا ، أما إذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق ، وكذا الأب والوصىّ وإن لم يكن له بد من السفر ، إن سافر بأهله لايضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها فى أهله ، كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان اهـ . وتحرير صاحبى الكافى ومعراج الدراية حيث قالا : هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ فى المصر فسافر إن كان سفرا له منه بد ضمن ، وإن كان سفرا لابد له منه فإن أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن ، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن اهـ . وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفى الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالا : له ذلك) قال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون انتهى . أقول : فيه بحث ، إذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير مايشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون . قوله لأن المذكور فيه الألف وهو موزون ليس بشىء ، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر ، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلا بمقتضى قوله وهو موزون ، ولا للموزون الذى هو غير الألف فيفوت المطلوب . وقال فى معراج الدراية : قال أبو جعفر فى الكشف : فى هذه الرواية من الفائدة ما ليس فى رواية كتاب الوديعة ، وذلك أن رواية كتاب الوديعة : القاضى لايأمر المودع بالدفع ، وكان يجوز أن يقول قائل : إن كان القاضى لايأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة ، فلما قال فى الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة . وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة ، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول : نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للأكثر فلا يؤخذ من المودع ، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذه ، فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى . أقول : فى الفائدة الأخرى نظر ، لأن جواب المسئلة فى رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبى حنيفة ، وهذا لايدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ فى هذه الصورة قلة نصيب الحاضر ، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب فى تلك الرواية ، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما فى الكتاب ، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول

بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون . وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم . قال فى الفوائد الظهيرية : إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدوابّ والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع ، وحكاية الحمامى فى المسئلة مشهورة : لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر

(قوله لأن المذكور فيه) أقول : يعنى المذكور فى الجامع الصغير

بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها . قوله له أن يأخذه .

أبي يوسف ومحمد فى هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لأن الديون تقضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل يكون المديون متصرفا فى مال نفسه فيجوز ، كذا فى النهاية وغيرها . قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أوّلا هكذا : وفيه نظر ، لأن الإنسان لايؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع إلى من لايجب له عليه ذلك انتهى . أقول : هذا النظر فى غاية السقوط ، لأن المديون مأمور بالتصرف فى ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لايجب له عليه ذلك ، إذ لاشك أنه يجب على المديون قضاء دينه ، فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائنه فكان مأمورا به . وبالجملة ليس كل مايجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه ، بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيا نحن فيه فلا محذور قطعا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه : أى بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أوّلا فلأن كلام المصنف لايساعده ، لأن الضمير فى حقه لوكان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لايدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لأن المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون ، فقضاء الدين بالمثل لايكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون ، وهذا مما لا سترة به. وأما ثانيا فلأن ما توهمه فى نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأمورا بالتصرف فى ماله بالدفع إلى من لايجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا فى سقوطه ، لأنه قال : وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى . وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أى قول الخصم فى هذه المسئلة كذا وهو الإمامان على ما مر . وقد تعسف فيه الشارح العينى حيث قال : والضمير فى قوله يرجع إلى القائل المعهود فى الذهن أى قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى . ولا يخنى ما فيه . وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه إفراد

بالدفع إليه كما فى الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان فى يد المودع بالاتفاق . ولأبى حنيفة لانسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه ، لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل فى ذلك ، ولهذا لايقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه : أى حق المديون ، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل المديون يتصرف فى مال نفسه فيجوز ، وفيه نظر لأن الإنسان لايؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع إلى من لايجب له عليه ذلك . والحق أن الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه : أى بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة . وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه ، وتقريره جواز الأخذ لايستلزم أن يجبر المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : يعنى من لوازمه لانفكاكه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه : أى لغريم المودع

(قوله أى حق المديون) أقول : يعنى ماله (قوله وفيه نظر لأن الإنسان لايؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع إلى من لايجب له عليه ذلك) أقول : يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها .

قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لايقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر) وهذا عند أبى حنيفة ، وكذلك الجواب عنده فى المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر فى الوجهين . لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لايقسم . وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى مايقبل الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لايضمن، وهذا بخلاف مالا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما فى بعض الأحوال . قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لاتسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لايضمن . وفى الجامع الصغير : إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لابد له منه لايضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئا يحفظ فى يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لايمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لايؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين فى دار واحدة لايتفاوتان فى الحرز (وإن حفظها فى دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان فى الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط .

ضمير قوله هاهنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الإمامين له أن يأخذه . تقريره أن جواز الأخذ لايستلزم أن يجبر المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : أى من لوازمه لانفكاكه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه : أى لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : هنا إشكال ، وهو أن هذا الجواب لايتمشى على رواية الجامع الصغير ، فإن جواب المسئلة فيها : فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند أبى حنيفة رحمه الله. والجواب المذكور فى الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند أبى حنيفة أيضا وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده ، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح ، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه ، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور

بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه . قوله (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) ما يقسم هو الذى لايتعين بالتفريق الحسى كالمكيل والموزون ، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق ، وكلامه ظاهر . وقال فى المبسوط : قول أبى حنيفة أقيس ، لأن رضاه بأمانة اثنين لايكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لايصير راضيا بحفظ أحدهما للكل (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لاتسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لايضمن) معناه : إذا لم يكن له من التسليم إليها بد ، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لابد له منه لايضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، أو كانت شيئا يحفظ على أيدى النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل به

قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثانى ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : له أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الآخر رجع على الأوّل) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعديا بالتسليم والثانى بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأوّل لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لايضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك ، وأما الثانى فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت فى حجره ثوب غيره . قال (ومن كان فى يده ألف فادّعاه رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما

تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبى حنيفة لما احتيج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع ، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود ، بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضا ،فالجواب المزبور أيضا إنما يتمشى على ماذكر فى مختصر القدورى وهو المسمى عندالفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر . واعلم أن صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع إليه ، ولو كان المال فى أيدى الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر ،فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع . وقال فى شرح الجواب

ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان، وإذا لم يكن مفيدا أوكان ولم يمكن العمل به كما فيمانحن فيه يلغو ، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة ، أو عن الحفظ فى الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن ، وإذا نهى عن الحفظ فى بيت من دار فحفظ فى غيره وليس فى الذى نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ فى دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن ، لأن الأول غير مفيد والثانى غير مقدور العمل به . قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثانى عند أبى حنيفة ويخير ربّ المال فى تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمين ، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأوّل متعدّيا بالتسليم إلى الثانى ، والثانى قد قبض منه ، والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثانى يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . ولأبى حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لايضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لامن حفظ بصورة يده، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق ، فإذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثانى من ضمين فلم يوجد تعدّ منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه . وأما الثانى فمستمرّعلى الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه ، كالريح إذا ألقت فى حجره ثوب غيره (وإذاكان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لأن كل واحد منهمايدعى ألفا .قوله وإن نكل : أعنى الثانى : أى بعد

(قال المصنف :ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول : فى أوائل كتاب الصلح من المبسوط : المودع إذا وقع الحريق فى بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا فى القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وأن لايدفع إلى أجنبى ، ثم قال فى المبسوط : وفى الاستحسان لايكون ضامنا لأن الدفع إلى الغير فى هذه الحالة من الحفظ انتهى . والمسئلة مذكورة فى كتاب الهداية فى أوائل الوديعة (قال المصنف : إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول : بأن يودعه أحدهما ليشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا)أقول ، لابل يدعى الألف المعين إلا أن يراد باعتبار

وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية . ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة ، وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول ، بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخّره ليحلف للثاني

عنه : والجواب عن قولهما لوكان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول : لايلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم ، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه ، إلى هنا كلام ذلك الشارح . أقول : فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ، ولكن لايخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لايساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعا عند اثنين بكماله ، كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام ، فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا . وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه : بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، لأن ما ذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له فى الحال أودعها إياه ، ولا شك أن العين الواحد لايتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ، ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة ، وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه ، فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين : لأن كل واحد منهما يدعى ألفا . أقول : يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة ، والنقود تتعين فى الودائع على ماتقرّر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسألة فى التبيين ، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين . ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال : والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على مامر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » انتهى . أقول : ليس هذا بمفيد هاهنا ، لأن ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لأحدهما فقط ، وهذا لايستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هاهنا ، بل يحصل بتحليفه لهما معا ، وإنما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ، ألا ترى أنهما لو ادّعيا من أحد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لايجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد . والأظهر فى تعليله أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافى حيث قال : وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى

ما حلف الأول . قوله ولا يقضى بالنكول : يعنى للأول لأن الثانى ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع

المآل ، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على مامر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » .

فينكشف وجه القضاء ، ولو نكل للثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة فى حقه ، وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه ، فلو قضى القاضى للأول حين نكل ذكر الإمام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثانى وإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى . وذكر الخصاف أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسئلة فى العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضى للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ثم لا يحلف للثانى ماهذا العبد لى لأن نكوله لا يفيد بعد ماصار للأول ، وهل يحلفه بالله ماهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه . قال : ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لأبى يوسف بناء على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

(فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية فى بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف للأول أو للثانى أو لهما جميعا ، لأنه لو حلف للثانى فلا شىء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثانى أيضا كان الألف بينهما انتهى . أقول : لا صحة لقوله أو للثانى إذ لا احتمال للقضاء بالألف الثانى بعد نكول ذى اليد الأول والكلام فيه ، فالمحتمل هنا وجهان لا غير ، والعجب أنه قال فى التعليل لأنه لو حلف للثانى فلا شىء له ، والألف كله للأوّل . ولو نكل للثانى أيضا كان الألف بينهما ، وهذا قطعى فى أن المحتمل هنا وجهان لا غير ، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا فى بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف لهما أو لأحدهما ، فتوهم الشارح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثانى فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأوّل .

الخصومة بينهما (قوله فينكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالألف للأوّل أو للثانى أو لهما جميعا ؛ لأنه لو حلف للثانى فلا شىء له والألف كله للأول (ولو نكل للثانى أيضا كان الألف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أى لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبى حنيفة (وبإقراره) عندهما (ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير : إنه يحلف للثانى ، وإذا نكل يقضى بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى ؛ لأن القاضى قدمه إما باختياره أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثانى) ولم يذكر أنه إذا حلف للثانى ماذا حكمه . وقال أخوه فى شرح الجامع الصغير : فإن حلف يقضى بنكوله للأول . وقوله (لكونه إقرارا) أى لكون النكول إقرارا (دلالة) وقوله (ماهذا العبد لى) يعنى لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه ، ولا قيمته لأنه لما أقرّ به للأوّل وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضى لأنه لا يمكن دفعه إلى الثانى بعد ذلك . وقوله (بناء) أى قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد خلافا لأبى يوسف) كما إذا أقرّ بالوديعة لإنسان . ثم قال : أخطأت بل هى لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنها للثانى ، وأنه صار مستهلكا على الثانى لإقراره بها للأول فيكون ضامنا له قيمتها ، وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء ؛ فإن دفعها بقضاء فكذلك فى قول محمد خلافا لأبى يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئا ، وإنما الفوات بالدفع إلى الأول ، وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن . ولمحمد أنه ساطل القاضى على القضاء بها للأول لإقراره ، وقد أقرّ أنه مودع للثانى ، والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا ، وللمسئلة تفريعات ذكرت فى المطولات ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قوله يقضى بالألف للأول أو للثانى) أقول : فى قوله أو للثانى بحث (قوله لا يفيد إقراره به) أقول : فيلغو ذكر العبد (قال المصنف : قال ينبغى أن يحلفه عند محمد إلى قوله : بناء على أن المودع) أقول : قوله قال جواب هل فى قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله .

تم الجزء الثامن ، ويليه الجزء التاسع : وأوله كتاب العارية

فهرس

الجـــزء الثامن

تكملة شرح فتح القدير ، المسماة « نتائج الأفكار » لشمس الدين أحمد بن قودر